Die Einwilligung des Verletzten im Zivilrecht, unter besonderer Berücksichtigung ihrer Bedeutung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen

---

von

Wolf Schenke

aus Breslau

1965

1966 № 102

Offset+Fotodruck
– W. Hogl, Erlangen, Brüxer Straße 9, (Nähe Rötheltheimbad) Telefon 15336 –

Die Einwilligung des Verletzten im Zivilrecht, unter besonderer Berücksichtigung ihrer Bedeutung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen.

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n

der Juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexander-Universität

Erlangen-Nürnberg

vorgelegt von

W o l f S c h e n k e

aus Breslau

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK - LEIDEN -

R e f e r e n t : Professor Dr. Heinrich Hubmann

Tag der mündlichen Prüfung: 17.12.1965

Meiner lieben Frau

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535706_0017

Inhaltsverzeichnis

Seite

§ 1 Vorbemerkung 1

Abgrenzung der Themastellung: Behandelt werden die rechtfertigende (EW) und die tatbestandsausschließende Einwilligung, das sog. Einverständnis (EV).

Allgemeiner Teil 5

Die Behandlung der Anforderungen, die an EW und EV im allgemeinen, unabhängig von der Verletzung eines bestimmten Rechtsguts, zu stellen sind.

§ 2 Müssen sich strafrechtliche und zivilrechtliche EW und EV notwendigerweise decken? 5

Aus der Wesensverschiedenheit von Zivilrecht und Strafrecht ergibt sich, daß sich die Rechtfertigungsgründe in beiden Rechtsgebieten hinsichtlich ihrer Ausgestaltung im einzelnen nicht zu decken brauchen. Daher muß der Schwerpunkt der folgenden Untersuchung im Zivilrecht (ZR) liegen.

§ 3 Wann kommt in abstracto eine rechtfertigende EW in Frage? 17

Aufzeigung der Kriterien, die uns bei der Einzeluntersuchung darüber Aufschluß geben können, ob, wie für die

rechtfertigende EW notwendig, nur der Einwilligende durch den betreffenden Deliktstatbestand vom Gesetzgeber geschützt werden sollte.

§ 4 Zur Methodik der Untersuchung der Erfordernisse einer rechtfertigenden EW . . . 22

Die deduktive und die induktive Methode.

§ 5 Die Rechtsgeschäftstheorie 23

Sie ist abzulehnen, die EW ist kein Rechtsgeschäft.

§ 6 Die EW als Rechtshandlung oder Tathandlung? 30

Beiden ist die EW nicht zuzuordnen, es handelt sich bei ihr um eine rechtswirksame Handlung eigener Art.

§ 7 Die Bestimmung des zivilrechtlichen Unrechtsbegriffs 32

Das zivilrechtliche Unrecht ist erfolgsbetont. Die EW muß daher nur die Voraussetzungen erfüllen, die notwendig sind, um einer Handlung das ihr innewohnende Erfolgsunrecht zu nehmen.

§ 8 Muß die EW dem Täter bekannt sein? . . . 43

Aus der Erfolgsorientierung des zivilrechtlichen Unrechts ergibt sich, daß die EW dem Täter nicht bekannt zu sein braucht.

§ 9 Willensrichtungs- oder Willenserklärungstheorie? 47

Aus dem Wesen des Rechts ergibt sich, daß die EW vom Verletzten nicht erklärt zu werden braucht, vielmehr bereits die innere Willensrichtung genügt. Im Zivilrecht kann auch ein rein inneres Verhalten rechtswirksam sein. Die Willenserklärungstheorie vermengt unzulässigerweise Rechts- und Beweisfrage. Die Willensrichtungstheorie führt auch zu rechtspolitisch durchaus billigenswerten Ergebnissen.

§ 10 Der Gegenstand der EW 53

Die EW muß sich auf Handlung und Erfolg beziehen. Die Erfolgsbezogenheit der EW ergibt sich auch hier aus dem Wesen des Rechts; daß sich die EW auch auf die Handlung beziehen muß, folgt aus der Konkretisierungsbedürftigkeit der EW.

§ 11 Der Einfluß von Willensmängeln auf die Wirksamkeit der EW 63

Die durch Täuschung und Drohung erlangte EW ist ipse iure unwirksam, ebenso wie die durch einen Motivirrtum von der Intensität des § 119 II BGB hervorgerufene EW.

§ 12 Der Einfluß der Sittenwidrigkeit von EW und Tat auf die Wirksamkeit der EW . . . 70

Die EW ist auch dann wirksam, wenn sie gegen Gesetz oder gute Sitten verstößt. Die trotz EW sittenwidrige Tat ist rechtswidrig. Bei ihr kann der Schadensersatzanspruch des Verletzten wegen § 254 BGB gemindert sein. Soweit dem Verletzten seinerseits ein Sittenverstoß zuzurechnen ist, wird sein Schadensersatzanspruch in Analogie zu § 817 S. 2 ausgeschlossen.

§ 13 Welche Anforderungen sind in Bezug auf Alter bzw. Einsichtsfähigkeit des Einwilligenden zu stellen? 85

Es gibt kein allgemeines Kriterium, aus dem heraus die Frage für alle verletzten Rechtsgüter einheitlich beantwortet werden kann. Bei Vermögensrechten werden im allgemeinen die §§ 107 ff. BGB analog anzuwenden sein. Für Persönlichkeitsrechte läßt sich dagegen keine einheitliche Antwort geben. Entscheidend ist hier der Grad der Höchstpersönlichkeit, die Frage, ob die EW einen verfügungsähnlichen Charakter annimmt, sowie die Intensität des Eingriffs. Dabei ist das den Eltern zustehende Personensorgerecht gebührend zu berücksichtigen.

§ 14 Die Möglichkeit einer Stellvertretung bei der EW 93

Eine gesetzliche Stellvertretung ist sowohl für die EW in Vermögensverletzungen als auch für die in Persönlichkeitsrechtverletzungen möglich. Die gewillkürte Stellvertretung ist bei Vermögensverletzungen immer zulässig, bei höchstpersönlichen Rechtsgütern dagegen nur in Ausnahmefällen, wobei wiederum nach dem Grad der Höchstpersönlichkeit des in Frage stehenden Rechtsguts zu differenzieren ist. Auch dem Interesse des Verletzten an der Verletzung kommt entscheidende Bedeutung zu.

§ 15 Kann die Wirksamkeit der EW von einer Bedingung abhängig gemacht werden? . . . 103

Eine bedingte EW ist zulässig.

§ 16 Die Widerruflichkeit der EW 105

Die EW ist stets widerruflich. Die andere Auffassung verwechselt die rechtsgeschäftliche Begründung eines Eingriffsrechts mit der EW. Untersuchung der Frage, ob für den Täter einer durch EW gerechtfertigten Verletzungshandlung bei nachträglichem Widerruf der EW u.U. eine Beseitigungspflicht hinsichtlich der aus der Verletzungshandlung entstandenen Schäden besteht. Es läßt sich hierauf keine einheitliche Antwort geben.

§ 17 Vermag die nachträgliche Zustimmung des Verletzten zu der Tat die Rechtswidrigkeit auszuschließen? 120

Eine rechtfertigende Genehmigung ist auch im Zivilrecht nicht möglich.

§ 18 Das Einverständnis 123

Wesensunterschiede zwischen EW und EV. Bei der EW muß der Einwilligende Träger des Schutzobjektes des verletzten Tatbestands sein, beim EV wird er meist Angriffsobjekt sein. Ein Irrtum von der Art des § 119 II BGB führt zur Unwirksamkeit der EW. Die durch Täuschung erlangte EW ist wirksam, bei der durch Drohung erlangten EW kommt es auf die Intensität der Drohung an. Das EV braucht nicht erklärt zu werden und auch dem Täter nicht bekannt zu sein. Auch bei sittenwidriger EW und Tat ist die EW wirksam. Es genügt, wenn der Einwilligende zur eigenen Willensbildung fähig ist. Das EV ist widerruflich.

§ 19 Sonstige Wirkungen einer EW außerhalb des Anwendungsbereichs von tatbestandsausschließender und rechtfertigender EW 129

Die Anwendung des § 254 BGB (und des § 817 S. 2 BGB). Das erlaubte Risiko. Seine unzulässige Vermengung mit der Einwilligungsproblematik.

Besonderer Teil 135

Die Bedeutung der EW bei der Verletzung der einzelnen Persönlichkeitsrechtsgüter.

§ 20 Körperverletzung und Einwilligung . . . 135

Die EW in eine ärztliche Heilbehandlung, insbesondere in eine Operation. Die EW in kosmetische Operationen. Die EW in medizinische Experimente. Die EW in eine Sterilisation und Kastration. Die EW in Sportverletzungen. Der Gegenstand der EW bei der Körperverletzung. Wie weit muß der Patient über die mit einer Operation verbundenen Risiken aufgeklärt werden? Welche Anforderungen sind an Alter bzw. Reife des Einwilligenden zu stellen?

§ 21 Einwilligung und Freiheitsverletzung . . 169

Sowohl bei Verletzungen der körperlichen Bewegungsfreiheit, als auch bei denen der allgemeinen Handlungsfreiheit schließt die EW, genauer das EV, bereits den Tatbestand aus.

§ 22 Die Bedeutung der Einwilligung bei Ehrverletzungen 182

Bei ihnen schließt das Einverständnis des Verletzten meist bereits den Tat-

bestand aus. Im Gegensatz zu den sonstigen Fällen des EV muß hier aber der Einwilligende sich der Bedeutung seiner Ehre bewußt sein. Bei schweren Ehrverletzungen kann die EW nur rechtfertigen, des öfteren wird sie wegen des Verstoßes der Tat gegen die guten Sitten wirkungslos sein.

§ 23 Die Einwilligung in Verletzungen der Geheimsphäre 192

Hier rechtfertigt die EW im allgemeinen. Bei Zugrundelegung der von der herrschenden Meinung gegebenen Definition des Geheimnisses, muß die Willensfähigkeit des Einwilligenden bereits zur Rechtfertigung ausreichen.

§ 24 Die Einwilligung in Verletzungen des Rechts am eigenen Bild und am gesprochenen Wort 198

Der EW kommt hier nur rechtfertigende Wirkung zu. Der einwilligende Verletzte muß im allgemeinen die nötige Einsichtsfähigkeit hinsichtlich der Bedeutung der Verletzung haben.

§ 25 Die Einwilligung bei Verletzung des Namens-, des Firmen- und des Warenzeichenrechts 212

Hier kommt der Einwilligung meist rechtfertigende Wirkung zu. Bei be-

stimmten Fallgruppen vermag die EW allerdings nicht die Rechtswidrigkeit auszuschließen.

§ 26 Die Einwilligung in Verletzungen des Urheber-, des Patent-, des Gebrauchsmuster- und des Geschmacksmusterrechts . . 226

Hier rechtfertigt die EW im allgemeinen. Hinsichtlich der an den Einwilligenden zu stellenden Erfordernisse ist maßgeblich, in welchem Sektor dieser Rechte der Schwerpunkt der Verletzungshandlung liegt, ob im immaterialgüterrechtlichen oder persönlichkeitsrechtlichen Bestandteil.

Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für civilistische Praxis (zitiert nach Bänden)
BAG	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
Bayr.Verwbl.	Bayrische Verwaltungsblätter
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BVerfG	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DStR	Deutsches Strafrecht
EV	Einverständnis
EW	Einwilligung
FamRZ	Ehe und Familie, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
GA	Archiv für Strafrecht, begründet von Goltdammer
Gruch	Beitrag zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GS	Der Gerichtssaal (zitiert nach Bänden)
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
JR	Juristische Rundschau

JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristische Zeitung
LM	Nachschlagwerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von Lindenmaier-Möhring
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OGH	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Zivilsachen
RAG	Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts
RG	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
VDA	Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil
VersR	Versicherungsrecht
Warn	Warneyer, Die Rechtsprechung Reichsgerichts (Jahr und Nummer der Entscheidung)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (zitiert nach Bänden)

Soweit nichts anderes angegeben, sind die Zeitschriften nach dem Jahrgang zitiert.

Literaturverzeichnis

Ahrens Martin: Geschäftsführung ohne Auftrag als Strafausschließungsgrund, Strafrechtl. Abh. Nr.101, Breslau 1909

v. Bar Ludwig: Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd.III, Befreiung von Schuld und Strafe durch das Strafgesetz, Berlin 1909

Baumann Jürgen: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bielefeld 1964, 3. Auflage (zit. Baumann)

Die Rechtswidrigkeit der fahrlässigen Handlung (Bemerkung zur Sozialadäquanz und zur Plenarentscheidung des BGH vom 4.3.1957), NJW 57, 646

Baumbach Adolf, Hefermehl Wolfgang: Kommentar zum Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 4. Auflage, München und Berlin 1964

Baur Fritz: Sachenrecht, München 1963, 2. Auflage

Die Rechtsprechung des BGHZ, JZ 61, 158

Bechtold Wolfgang: Die Wirkung der Einwilligung des Verletzten, Diss. Berlin 1962

Beling Ernst: Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906

Benkard Georg: Kommentar zum Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, Patentanwaltsgesetz, 3. Aufl., München und Berlin 1954

Bettermann Karl August: Bemerkungen zum Beschluß des Großen Zivilsenats vom 4.3.1957, NJW 57, 986

Bockelmann Paul: Rechtliche Grundlagen und rechtliche Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht, NJW 61, 945

Boehmer Emil: Anmerkungen zu BGHZ NJW 63, 1099 in NJW 64, 33

Boehmer Gustav: Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, 1. Buch, Das Bürgerliche Recht als Teilgebiet der Gesamtrechtsordnung, Tübingen 1950

Boehmer Gustav: Zum Problem der Teilmündigkeit Minderjähriger, Bemerkungen zum Urteil des BGH vom 5.12.1958, MDR 59, 705

Bosch Friedrich Wilhelm: Anmerkungen in FamRZ 59, 160 und 202

Brauer Helmuth: Der Eigenschaftsirrtum, Hamburg 1941

Brendel Wolfgang: Die Einwilligung in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Hinsicht, Diss. Halle-Wittenberg, Düsseldorf 1936

Bruns Hans-Jürgen: Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken, Habil. Berlin 1938

Gilt die Strafrechtsordnung auch für und gegen Verbrecher untereinander?, Mezger Festschrift 1954, 335

Bucher Eugen: Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte, insbesondere der Persönlichkeitsrechte des Patienten als Schranken der ärztlichen Tätigkeit, Diss. Zürich 1956

Busse Helmut: Die tatbestandsausschließende Einwilligung des Verletzen, Diss. Göttingen 1948

v. Caemmerer Ernst: Preisverstöße und § 817 S.2, SJZ 50, 646

Creifelds Carl: Wird bei einem Verstoß gegen die guten Sitten die Einwilligung im Strafrecht irrelevant? Strafrechtl. Abh. Nr.266, Breslau 1929

Cron Heinzrichard: Die Einwilligung im kommenden Strafrecht, Diss. Bonn 1939

Dahm Georg: Der strafrechtliche Ehrenschutz der Familie, JW 1936, 2497

Deutsch Erwin: Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, Habil. Köln 1963

Diehl Horst: Die subjektiven Elemente der Unrechtsausschließungsgründe, Diss. Kiel 1953

Dohna Alexander, Graf zu: Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen, Halle 1905

Unzucht und Beleidigung, DStR 41, 34

Dürig Günter: Grundrecht und Zivilrechtsprechung, Festschrift für Nawiasky, München 1956, 157 ff.

Eichler Hermann: Institutionen des Sachenrechts, I. Band, Allgemeiner Teil, Grundlagen des Sachenrechts, Berlin 1954

Handeln im Interesse des Verletzten als Rechtfertigungsgrund, Breslau 1931

Eltzbacher Paul: Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichen Recht, 1.Band, Das rechtswirksame Verhalten, Berlin 1903

Engisch Karl: Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberger rechtswissenschaftliche Abh. Heft 20, 1945

Enneccerus Ludwig, Lehmann Heinrich: Recht der Schuldverhältnisse, 15.Auflage, Tübingen 1958 (zit. Enneccerus-Lehmann)

Enneccerus Ludwig, Nipperdey Hans Carl: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1.Band, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. und 2.Halbband, 15.Auflage, Tübingen 1959 (zit. Enneccerus-Nipperdey)

Erman Walter: Handkommentar zum BGB, 3.Auflage, München 1962

Esser Josef: Lehrbuch des Schuldrechts, Tübingen 1960, 2.Auflage (zit. Esser)

Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956

Eyermann Erich, Fröhler Ludwig: Verwaltungsgerichtsordnung, 4.Aufl., 1965

Fabricius Fritz: Einschränkung der Anwendung des § 817, S.2 durch den Zweck des Verbotsgesetzes

Firnhaber Eberhard: Rechtsgeschäft und Einwilligung bei Vermögensdelikten, Diss. Bonn 1957

Fischer Hans Albrecht: Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, Abh. zum Privatrecht und Zivilprozeßrecht des Deutschen Reichs, 21.Band, 2.Heft, München 1911

Flad Friedrich: Handeln auf eigene Gefahr, DR 1919, 13

Flume Werner: Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in "100 Jahre Deutsches Rechtsleben", Festschrift Deutscher Juristentag, 1960, 135. Anm. zu BGH JZ 61, 603 in JZ 61, 605

Frank Reinhard: Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 18.Auflage, Tübingen 1931 (frühere Auflage im Text vermerkt)

Geerds Friedrich: Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, Diss. Kiel 1953 (zit. Geerds)

Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, GA 1954, 262

Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf, ZStW 72, 42

Geilen Gerd: Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, Habil. Bielefeld 1963

Gerland Heinrich: Die Selbstverletzung und die Verletzung des Einwilligenden, VDA, 2.Band, 487, Berlin 1908

Haefliger a.: Über die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, Schweizer Zeitschrift für Strafrecht, Band 67, 92

Hälschner Hugo: Das gemeine deutsche Strafrecht, 1.Band, Bonn 1881

Hamann Andreas: Das Grundgesetz, 2.Auflage, Neuwied 1961

Heck Philipp: Die Ausdehnung des § 817 S.2 BGB auf alle Bereicherungsansprüche, AcP 124, 1

Hegler August: Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36,19

Subjektive Rechtswidrigkeitselemente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs, Festschrift für Frank, Band I, Tübingen 1930

Heilborn Paul: Der agent provocateur, Berlin 1901

Heinitz Ernst: Ärztliche Experimente am lebenden Menschen, JR 51, 333

Herkert Josef: Ist die Einwilligung bei allen Delikten, soweit überhaupt von strafrechtlicher Erheblichkeit, stets Rechtfertigungsgrund, wenn nein, was ist sie sonst, wie kann man sie bezeichnen? Diss. München 1955

Hirsch Hans Joachim: Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW 74, 78

Hold v.Ferneck Alexander: Die Rechtswidrigkeit, Jena 1903

Holer Oskar: Die Einwilligung des Verletzten, Diss. Zürich 1906

Honig Richard: Die Einwilligung des Verletzten, Teil I, Mannheim 1919

Hubmann Heinrich: Das Persönlichkeitsrecht, Habil., Beiträge zum Handels-, Wirtschafts- und Steuerrecht, Heft 4, Münster 1953 (zit. Hubmann)

Urheber- und Verlagsrecht, München 1959

Gewerblicher Rechtsschutz, Patent-, Gebrauchsmuster-, Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht, München 1962

Der zivilrechtliche Schutz der Person gegen Indiskretion, JZ 59, 521

Der Anspruch auf Widerruf ehrverletzender Pressedarstellungen, JuS 63, 98

Isay Hermann: Kommentar zum PatG, 5.Auflage, Berlin 1931

Kant Immanuel: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 1785, Ausgabe Hartenstein 1867

Kern Eduard: Grade der Rechtswidrigkeit, ZStR 64, 255

Keßler R.: Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, Berlin 1884 (zit.Keßler)

Kritische Bemerkungen zu Bindings Lehre von der Einwilligung des Verletzten, GS 38, 561

Kiehl: Die Einwilligung eines Minderjährigen nach geltendem Strafrecht, GA 54, 357

Klee Friedrich: Selbstverletzung und Verletzung des Einwilligenden, GA 48, 177, 337; 49, 246; 50, 364

Kohlhaas Max: Die rechtfertigende Einwilligung bei Körperverletzungstatbeständen, NJW 63, 2348

Kohlrausch-Lange, Eduard : Kommentar zum Strafgesetzbuch, 42.Auflage, Berlin 1959

Kronecker: Die Strafbarkeit der studentischen Schlägermensuren, GS 35, 201

Krüger Hildegard: Grundrechtsausübung durch Jugendliche (Grundrechtsmündigkeit) und elterliche Gewalt, FamRZ 56, 329

Landmann-Giersch-Proksch Allgemeines Verwaltungsrecht, 2.Auflage, Düsseldorf 1960

Larenz Karl: Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6.Auflage, München 1963 (zit. Larenz AT)

Schuldrecht Besonderer Teil, 6.Auflage, München 1963 (zit. Larenz BT)

Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin 1960

Geschäftsgrundlage u. Vertragserfüllung, 2.Auflage, München und Berlin 1957

Leipziger Kommentar: Kommentar zum Strafgesetzbuch, begründet von Ebermayer, Lobe, Rosenberg, herausgegeben von Jagusch, Mezger u.a., 8.Auflage, Berlin 1957/58 (zit. LK)

Leisner Walter: Grundrechte und Privatrecht, München 1960

Lenckner Theodor: Die Einwilligung Minderjähriger und deren gesetzlicher Vertreter, ZStW 72, 446

Lobe Adolf: Der unlautere Wettbewerb als Rechtsverletzung nach dem bürgerlichen Gesetzbuch und den Nebengesetzen, Leipzig 1907

Lobe: Der Einfluß des bürgerlichen Rechts auf das Strafrecht, Festgabe für Frank I,33 Tübingen 1930 (zit. Lobe)

Mahling Guenther: Die strafrechtliche Bedeutung von Sportverletzungen, Diss. Berlin 1940

Manigk Alfred: Das rechtswirksame Verhalten, Berlin 1939

Mannheimer Fritz: Die Einwilligung in eine Körperverletzung, Diss. Heidelberg 1911

Mattern Kurt: Einwilligung und Sittenwidrigkeit im Tatbestand des § 226a StGB, Diss. Berlin 1951

Maunz Theodor, Dürig Günter: Kommentar zum Grundgesetz, 2.Auflage, München 1964

Maurach Reinhart: Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2.Auflage, Karlsruhe 1958

Mayer Hellmuth: Strafrecht Allgemeiner Teil, Stuttgart und Köln 1953

Mezger Edmund: Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89, 207

Mezger Edmund, Blei Hermann: Strafrecht Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 9.Auflage, München 1960

Strafrecht Besonderer Teil, Ein Studienbuch, 9. Auflage, München 1964

Momber Wilhelm: Patentanmeldung entmündigter Geisteskranker, GRUR 1929, 407

Neumann-Duesberg, Horst: Das gesprochene Wort im Urheber- und Persönlichkeitsrecht, 1949

Heimliche Tonbandaufnahmen von Gesprächen über Abwesende, BB 57, 865

Niese Werner: Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Tübingen 1951

Nipperdey Hans-Carl: Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht, NJW 57, 1777
"Karlsruher Forum", Beiheft VersR 59

Noll Peter: Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, Basel 1955 (zit. Noll)

Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht, ZStW 68, 182

v. Olshausen Justus: Kommentar zum StGB, 11.Auflage, Berlin 1927, mit Ergänzungsband 1936

Palandt Kommentar zum BGB, 23.Auflage, München und Berlin 1964

Pfanner Klaus: Die Patentanmeldung Geschäftsunfähiger und Geschäftsbeschränkter, GRUR 1955, 556

Planck Julius-Wilhelm: Kommentar zum BGB, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, 4.Aufl., 2.Hälfte, Besonderer Teil, Berlin 1928

Radbruch Gustav: Rechtsphilosophie, 6.Auflage, bearbeitet von E. Wolf, Stuttgart 1963

Radbruch Gustav, Zweigert Konrad: Einführung in die Rechtswissenschaft, 9.Auflage, Stuttgart 1952

Raiser Ludwig: Anmerkung in JZ 51, 718

Raiser Thomas: Verfassungswidrige Mindeststrafen, JZ 63, 663

Reichsgerichtsräte-Kommentar: Kommentar zum BGB, 11. Auflage 1960 (zit. RGRK)

Reimer Eduard: Kommentar zum Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz, 2.Auflage, München-Köln-Berlin 1958

Reinhardt Rudolf: Der Streit um den Persönlichkeitsschutz nach dem Referentenentwurf des BJM, JZ 59, 41

Renner Franz-Felix: Die Einwilligung als Tatbestandsmerkmal und als Rechtfertigungsgrund, Diss. München 1962

Rilk Otto: Die Rechtswidrigkeit der Indikation zum Zweck der Abtreibung und der Unfruchtbarmachung, JW 33, 2037

Roemer Hans: Die Aufklärungspflicht des Arztes gegenüber Krebskranken, JZ 60, 137

Rokosch Heinz: Zur Frage der rechtlichen Zulässigkeit des Mithörens von Telefongesprächen oder ihrer Aufnahme auf Tonband, Der Betrieb 56, 470

Roxin Claus: Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründete Merkmale im Strafrecht, JuS 64, 373

Rümelin Max: Die Handlung im klinischen Betrieb, Tübingen 1913

Sauer Wilhelm: Allgemeine Strafrechtslehre, 3.Auflage, Berlin 1955

Schaffstein Friedrich: Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre, ZStW 72, 369

Schlosky Arthur: Die Einwilligung des Verletzten in die Begehung einer Straftat, DStR 43, 19

Schmidt Eberhard: Das Sterilisationsproblem nach dem in der Bundesrepublik geltenden Strafrecht, JZ 51, 65

Schlägermensur und Strafrecht, JZ 54, 369.
Anmerkung JR 58, 225

Schmidt - Rimpler Walter: Eigenschaftsirrtum, Festschrift f. H. Lehmann I, 213 f.

Schnorr - v. Carolsfeld Ludwig: 4 Fragen aus dem Schadensersatzrecht, Festschrift für Molitor zum 75.Geburtstag,S.365 ff, München und Berlin 1962.

Schönke Adolf, Schröder Horst: Kommentar zum StGB, München und Berlin 1964, 11.Auflage (zit. Schönke-Schröder)

Schrey Robert: Der Gegenstand der Einwilligung des Verletzten, Strafrechtl. Abh. Nr.248, Breslau 1928

Schröder Horst: Eigenmächtige Heilbehandlung im geltenden Strafgesetz und im StGB-Entwurf 1960, NJW 61, 951

Schugmann Siegfried: Die Bedeutung der Einwilligung im Laufe der Geschichte des Strafrechts, Diss. München 1951

Schulz-Schaeffer Rudolf: Das subjektive Recht im Gebiet der unerlaubten Handlung, 1.Band, Marburg 1915

Schwarz Otto, Dreher Eduard: Kommentar zum StGB, 26. Auflage, München und Berlin 1964

Seib Walter: Die Bedeutung der rechtlichen Bewertung eines Verhaltens durch ein Rechtsgebiet für seine rechtliche Beurteilung im allgemeinen, Diss. Gießen 1953

Siegert Karl: Das Persönlichkeitsrecht als Schutz gegen ungewollte Ton- und Bildaufnahmen, Der Betrieb 58, 419

Soergel Hans, Siebert Wolfgang: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9.Auflage, Stuttgart, 1960

Staudinger Julius: Kommentar zum BGB, 11.Auflage, Berlin 1958

Stoll Hans: Zum Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, JZ 58, 137

Das Handeln auf eigene Gefahr, eine rechtsvergleichende Untersuchung, Berlin und Tübingen 1961

Unrechtstypen bei Verletzung absoluter Rechte, AcP 162, 203

Stratenwerth Günther: Prinzipien der Rechtfertigung, ZStW 68, 41

Süß Theodor: Geheimsphäre und moderne Technik, Festschrift für Heinrich Lehmann I, Berlin 1956

Thiemann Günter: Sittenwidrigkeit und Einwilligung des Verletzten, Diss. Göttingen 1955

Traeger Ludwig: Die Einwilligung des Verletzten und andere Unrechtsausschließungsgründe im zukünftigen Strafrecht, GS 94, 112

v. Tuhr Andreas: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2.Band, 2.Hälfte, München und Leipzig 1918

Ulmer Eugen: Urheber- und Verlagsrecht, 2.Auflage, Berlin 1960

Urbancyk Lothar: Sind freiwillige Sterilisierungen strafbar? NJW 64, 425

Wangemann Richard: Handeln auf eigene Gefahr, NJW 55, 85

Warda Heinz-Günter: Tatbestandsbezogenes Unrechtsbewußtsein, NJW 53, 1052

Weimar Robert: Zum Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, JuS 62, 133

Weitnauer Hermann: Fragen der ärztlichen Verantwortlichkeit im zivilrechtlicher Sicht, Der Betrieb 1961, Beilage Nr.21

Welzel Hans: Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58, 491

Welzel Hans: Das Neue Bild des Strafrechtssystems, 3.Auflage, Göttingen 1957

Das Deutsche Strafrecht, 8.Auflage, Berlin 1964

Werhahn Jürgen W.: Persönlichkeitsrecht und Tonbandproblem, Ufita Band 24, 196

Westermann Hans: Sachenrecht, 3.Auflage, Karlsruhe 1960

Der Anspruch auf Rücknahme ehrkränkender in Wahrnehmung berechtigter Interessen aufgestellter Behauptungen, JZ 60, 692

Wiethölter Rudolf: Der Rechtferigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, Karlsruhe 1960

Zitelmann Ernst: Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 99, 1

§ 1 Vorbemerkung

Es gibt wenige rechtliche Fragen, die in Literatur und Rechtsprechung so viel erörtert wurden wie die Einwilligung des Verletzten.[1] Die Gründe hierfür sind leicht ersichtlich. Die Einwilligung hat im Gesetz eine sehr stiefmütterliche Behandlung erfahren. So wird die rechtfertigende Einwilligung nur im besonderen Teil des StGB erwähnt. Durch diese lückenhafte Regelung werden viele Zweifelsfragen offen gelassen. Bedenkt man zudem, daß die Einwilligungsproblematik Grundfragen des Rechts berührt, so verwundert es nicht, daß das sich hier bietende weite Betätigungsfeld manchen Juristen anlockte.

Auch in der Praxis spielt die Einwilligung eine hervorragende Rolle. So wird sie etwa beim ärztlichen Heileingriff, der jedenfalls von der Rechtsprechung als Körperverletzung bewertet wird, täglich bedeutsam. Sie hat aber auch darüber hinaus einen weiten Anwendungsbereich.

Wenn wir von Einwilligung reden, so verstehen wir hierunter die rechtfertigende und die tatbestandsausschließende Einwilligung. Beide sind, trotz ihrer übereinstimmenden Bezeichnung scharf voneinander zu trennen und

---

1) In der Literatur wird teilweise behauptet, bei einer Einwilligung sei es unrichtig, von einem Verletzten zu sprechen, so etwa von Holer 85 und Keßler 2. M.A. nach hat dieser Einwand nur für die tatbestandsausschließende Einwilligung Berechtigung. Bei ihr fehlt es mangels Tatbestands tatsächlich an einem Verletzten. Da der Ausdruck EW des Verletzten aber auch hier allgemein üblich ist, rechtfertigt sich unsere Themafassung.

folgen, wie wir noch sehen werden, weitgehend anderen Regeln.

Zu ihrer Unterscheidung wollen wir nach einer von Geerds[2] eingeführten Terminologie die tatbestandsausschließende Einwilligung Einverständnis (EV) nennen, während wir für die rechtfertigende Einwilligung (EW) die gebräuchliche Bezeichnung beibehalten werden.

Auffallend ist, daß die weitaus überwiegende Anzahl der Abhandlungen, die sich mit EW und EV beschäftigen, von strafrechtlicher Seite kommt.[3] Für das Zivilrecht existieren dagegen kaum nähere Untersuchungen. Das dürfte darauf zurückzuführen sein, daß das Strafrecht mit seinen vielen Delikten der Frage, ob strafausschließende EW und EV bei ihnen möglich sind, mehr Raum läßt als das Zivilrecht. Zudem lösten sich vom Standpunkt der im Zivilrecht lange Zeit die Diskussion beherrschenden Rechtsgeschäftstheorie[4] die meisten die EW betreffenden Fragen wie von selbst.

In der höchstrichterlichen zivilen und strafrechtlichen Rechtsprechung trennten sich die Wege frühzeitig. Im Strafrecht verlor die Rechtsgeschäftstheorie schon bald ihre Gefolgschaft.[5] Anders im Zivilrecht, wo sie sich bis in die jüngste Zeit halten konnte. Erst in

---

2) Geerds GA 1954, 262.
3) Hierüber beklagte sich schon Zitelmann AcP 99, 1.
4) Begründet von Zitelmann AcP 99, 1 (51 ff.).
5) RGSt 41, 392; 60, 34; 70, 107.

der Entscheidung des BGH vom 5.12.1958[6] bahnte sich eine neue Entwicklung an, die nach vorübergehendem Schwanken[7] zur endgültigen Aufgabe[8] der Rechtsgeschäftstheorie führte.

Nach Aufgabe der Rechtsgeschäftstheorie klafft im Zivilrecht eine bedenkliche Lücke, die es zu schließen gilt. Die Gefahr einer kritiklosen Übernahme strafrechtlicher Lehren zur EW ist groß.

Die Arbeit hat es sich als Ziel gesetzt, die Lehre von EW und EV für das Zivilrecht neu zu überdenken. Sie gliedert sich in 2 Teile. In einem allgemeinen Teil werden die an EW und EV allgemein, unabhängig von der Verletzung eines bestimmten Rechtsguts, zu stellenden Anforderungen getrennt untersucht. Im besonderen Teil wird geprüft, inwieweit die einzelnen Delikte für EW und EV zugänglich sind und welche Besonderheiten bei ihnen für beide gelten.

Wir wollen die zivilrechtliche EW und das zivilrechtliche EV behandeln. Wie wir noch sehen werden, bestehen bei beiden nicht unerhebliche Unterschiede zur strafrechtlichen EW und EV. Dennoch erweist es sich als nötig, auch die strafrechtliche Literatur und Rechtsprechung mit heranzuziehen, da im Prinzip die Fragestellung hier die gleiche ist, die interessierenden Probleme aber in wesentlich größerem Umfang und eingehender erörtert wurden, als es im Zivilrecht der

---

6) BGHZ 29, 33.
7) BGHZ JZ 61, 603 ff.
8) BGHZ NJW 61, 117.

Fall ist. Ein solches Vorgehen ist zudem insoweit vorteilhaft, als die hierdurch bewirkte Gesamtschau der Dinge erst den Blick auf die wahren Zusammenhänge freigibt und damit auch für das einzelne Rechtsgebiet fruchtbare Erkenntnisse zeitigt.

Allgemeiner Teil

§ 2 Müssen sich strafrechtliche und zivilrechtliche EW und EV notwendigerweise decken?

Im Rahmen unserer Arbeit interessieren uns, wie bereits betont, nur zivilrechtliche EW und EV. Für die zivilrechtliche tatbestandsausschließende Einwilligung leuchtet ohne weiteres ein, daß hier Unterschiede zum Strafrecht bestehen können, da sich ihre Regeln aus dem jeweiligen Tatbestand ergeben, dieser aber auch bei weitgehend ähnlichen Delikten im BGB und StGB verschieden gefaßt sein kann.

Schwieriger liegt das Problem aber bei der EW, bei der es sich um einen Rechtfertigungsgrund handelt. Hier stellt sich die Frage, ob bei entsprechenden bürgerlich-rechtlichen und strafrechtlichen Delikten die EW in gleichem Umfang die Rechtswidrigkeit auszuschließen vermag. Ist es denkbar, daß die EW etwa eine strafrechtliche Sachbeschädigung rechtfertigt, die zivilrechtliche dagegen nicht, obwohl es sich hier doch um die Bewertung ein und des gleichen Verhaltens nur durch verschiedene Rechtsgebiete handelt. Es geht hier letzten Endes um das Problem, ob die Rechtsordnung ihrer Natur nach in dem Sinn einheitlich ist, daß ein von ihr in einem Rechtsgebiet ausgesprochenes Rechtswidrigkeitsurteil gleichermaßen für alle anderen Rechtsgebiete gilt.[1)]

---

1) So etwa Lenckner 455, Schönke-Schröder vor § 51 A 35.

Die Behandlung dieser Frage im Rahmen der vorliegenden Arbeit rechtfertigt sich aus methodischen Erwägungen.[2] Wird unser Recht tatsächlich von dem Gedanken der Einheit der Rechtsordnung im oben angeführten Sinn beherrscht, so darf sich unsere Untersuchung nicht auf das Privatrecht beschränken, sondern muß zur Lösung der strittigen Fragen in gleichem Maße das öffentliche Recht, vornehmlich das Strafrecht, heranziehen. Kommen wir dagegen zur Verneinung einer einheitlichen Rechtswidrigkeit, muß der Schwerpunkt der folgenden Erörterungen im Privatrecht liegen,[3] nur vergleichsweise kann die Regelung des Strafrechts herangezogen werden.

Die heute noch h.L.[4] geht dahin, daß eine Handlung nur einheitlich in allen Rechtsgebieten rechtmäßig oder rechtswidrig sein könne. Sie beruft sich dabei auf die

---

2) Methodisch sind daher die meisten zum Thema erschienenen Abhandlungen bedenklich, wenn sie, wie z.B. Holer 107 A 5, mit der Begründung, es handle sich hier nur um die strafrechtliche EW, nur das Strafrecht heranziehen, ohne auf die hier behandelte Problematik auch nur mit einem Wort einzugehen.

3) Ähnlich für das Strafrecht Mattern 33.

4) Im Zivilrecht: Enneccerus-Nipperdey § 210 II; Erman-Hefermehl § 227 I; Fischer 115; RGRK Johannsen § 227 A 1 die ganze h.L.; a.A. aber Bettermann 987; Hubmann 227 A 374; Westermann 693. Für Einheit der RW in der Rechtsprechung BGH JZ 61, 603 ff.; OLG München NJW 58, 633.
Einheit der RW wird in der strafrechtlichen Literatur angenommen von: Ahrens 5; Baumann 230 und NJW 57, 646, widersprechend aber 284; Creifelds 44 und 54; Engisch 20 und Einheit 58; Firnhaber 32; Hartung 1227; Kern 262; Lenckner 455; Mezger StB AT § 31 II; Schönke-Schröder Vorbemerkung § 51 A 35;
Seib insbes. 40, 54, 56, 68, 74, 80; a.A. v.Bar 6; Bruns 259; Geerds 63, 89, 231; Hegler Frank-Festschrift 274 N 2, bes. ZStrW 36, 29; Lobe Festschrift 56 ff.; offenbar auch BGHSt 4, 24.

Einheit der Rechtsordnung,[5] die sich daraus ergebe, daß in den verschiedenen Erscheinungen des Rechts stets derselbe Wille der Gemeinschaft wirksam werde. Der Unrechtsbegriff, als ein seinem Wesen nach für das ganze Recht einheitlicher, liege in dem Zuwiderhandeln gegen die Vorschriften der Rechtsordnung.[6]

Eine Handlung könne aber dieser nur entsprechen oder widersprechen, widerspreche sie ihr, so sei sie rechtswidrig. Eine andere Auffassung würde gegen die Gesetze der Logik verstoßen.[7] Dies gelte umso mehr, als das BGB in dem § 823 II sogar ausdrücklich auf strafrechtliche Schutzgesetze verweise. Bezeichnenderweise würden auch im Strafrecht die Rechtfertigungsgründe aus der Gesamtheit der Rechtsordnung entnommen (z.B. §§ 228, 904 BGB).[8] Im übrigen sei die Einteilung des Rechts in Disziplinen nur eine willkürliche, erst von der Rechtswissenschaft als Hilfsmittel errichtete, sich nicht logisch aus dem Gesetz ergebende.[9] Die andere Ansicht unterliege dem Fehler, aus der Verschiedenheit der Rechtsfolgen in den einzelnen Rechtsgebieten auf verschiedene Arten der Rechtswidrigkeit zu schließen.[10]

---

5) Kern 262; Lenckner 454; Seib 54; BGH JZ 61, 603; OLG München 634.

6) Baumann 230; Seib 56.

7) OLG München 634.

8) Seib 40.

9) Seib 106.

10) Seib 68.

Wenn sich die Vertreter obiger Meinung zur Erhärtung ihrer Auffassung auf die Einheit der Rechtsordnung berufen, so hat dieses Argument wenig Beweiskraft. Das bürgerliche Recht und das Strafrecht verfolgen weitgehend verschiedene Ziele. Das Zivilrecht hat sich den Rechtsgüterschutz zur Aufgabe gesetzt, das Strafrecht beschäftigt sich mit der sozialethischen Bewertung menschlichen Handelns.[11] Entsprechend verlief denn auch die Entwicklung im Bürgerlichen Recht und Strafrecht schon frühzeitig getrennt und führte dazu, daß dem Wortlaut nach gleichen Begriffen auf Grund teleologischer Auslegung weitgehend verschiedener Sinn- und Bedeutungsgehalt beibemessen wurde.[12] Der Satz von der Einheit der Rechtsordnung kann heute nur noch als ein Rudiment aus früherer Zeit angesehen werden, um so mehr, als man heute selbst innerhalb gleicher Rechtsgebiete einzelne Worte ganz verschieden auslegt.[13] So wird etwa der Begriff der Unentgeltlichkeit im BGB in drei verschiedenen Bedeutungen gebraucht (§§ 816 I S.2, 2113 II, 2136 BGB).[14]

---

11) Bruns, Mezger Festschrift 357.

12) Siehe Bruns 107 ff., 171 ff.

13) Dagegen kann Schönke-Schröder § 51 A 8 nicht gefolgt werden, wenn er, übrigens ganz in Widerspruch zu A 35, dem Begriff der Widerrechtlichkeit in § 53 StGB eine andere Bedeutung geben will als im Sinn der Verbrechenslehre, was er daraus folgert, daß bei einem rechtswidrig untauglichen Versuch der Angegriffene nicht zur Notwehr berechtigt sei. Dieses richtige Ergebnis leitet sich nicht aus einem anderen Rechtswidrigkeitsbegriff in § 53 ab, sondern daraus, daß zur Abwehr eines untauglichen Versuches eine Verteidigungshandlung nicht erforderlich ist, da hier der Täter ohnehin nicht den von ihm erstrebten Erfolg herbeiführen kann.

14) Siehe RGRK-Johannsen § 2113 A 26; RGRK-Scheffler § 816 A 12; Enneccerus-Lehmann § 225 I 2.

Daß eine Handlung nur entweder der Rechtsordnung entsprechen oder widersprechen kann, ist selbstverständlich und besagt nichts. Der entscheidende Fehler der herrschenden Lehre liegt darin, daß sie annimmt, eine Handlung, die der Rechtsordnung widerspreche, sei rechtswidrig. Hiermit verwendet sie den Begriff der Widerrechtlichkeit in einer Weise, in der er unserem geltenden Recht unbekannt ist. Widerrechtlich im Sinne des Gesetzes wäre nach ihr eine Handlung bereits dann, wenn sie nicht im Einklang mit der Gesamtheit der Rechtsordnung steht. Ließe sich tatsächlich nachweisen, daß dieser Begriff der Rechtswidrigkeit unserem geltenden Recht zugrundeliegt, so würde es in der Tat den Gesetzen der Logik widersprechen, wenn man eine Handlung zivilrechtlich für rechtswidrig, strafrechtlich für rechtmäßig hielte. Die andere Ansicht übersieht jedoch, daß sowohl im Zivilrecht als auch im Strafrecht dem Täter nicht sein Tun schlechthin, sondern als Verwirklichung eines bestimmten gesetzlichen Tatbestands zum Vorwurf gemacht wird.[15] Anders ausgedrückt, das Recht fragt nur danach, ob das menschliche Handeln, betrachtet unter einem bestimmten Aspekt, mit dem Recht in Einklang steht oder nicht. Es kann daher sehr wohl sein, daß unter den Perspektiven verschiedener Tatbestände ein und das gleiche Handeln einmal rechtmäßig, das andere Mal rechtswidrig ist. Ein Beispiel, das übrigens Seib[16] entnommen ist und diesem die Unrichtigkeit seiner Auf-

---

15) So mit Recht Warda NJW 53, 1052.

16) Seib 74 mit weiteren Beispielen, auch Baumann NJW 57, 648. Siehe ferner Noll 70, der ähnliche Beispiele, wenn auch in anderem Zusammenhang, bringt.

fassung sofort hätte zeigen müssen, soll dies verdeutlichen: X wird von A angegriffen. In Notwehr verletzt er den A durch einen Schuß, der gleichzeitig die Fensterscheibe des B trifft. Die Körperverletzung des A ist hier gerechtfertigt, die Sachbeschädigung im allgemeinen nur entschuldigt. Ein und die selbe Handlung ist hier in Bezug auf das eine Delikt gerechtfertigt, in Bezug auf ein anderes dagegen rechtswidrig. Es bleibt schlechthin unverständlich, wenn man bei Seib[17] hierzu liest: "Die Ausdrucksweise, derartige Handlungen seien dem einen gegenüber rechtmäßig, dem anderen gegenüber rechtswidrig, ist irreführend; sie soll nur versinnbildlichen, daß das betreffende Verhalten lediglich nach einer Richtung hinwirkt, nur in die Interessen einer Person eingreift und nicht gleichzeitig auch noch nach anderer Richtung hin Rechtsgüter beeinträchtigt. Aber das in Frage stehende Verhalten ist natürlich stets rechtswidrig, ganz gleich, ob es nur in eine Rechtssphäre oder gleichzeitig in mehrere Rechtskreise eingreift, denn ... rechtswidrig ist ein Verhalten daher immer dann, wenn es in irgend einer Hinsicht, nach irgend einer Richtung hin, in irgend einer Beziehung gegen die Rechtsordnung verstößt." Auf den Gedanken, seinen Rechtswidrigkeitsbegriff mit dem dem Gesetz zugrundeliegenden zu vergleichen, kommt er nicht.

Sahen wir somit, daß eine Handlung sehr wohl rechtmäßig oder rechtswidrig im Sinne des Gesetzes zugleich sein kann, so fragt sich, ob wir dieses Ergebnis nicht auch für das Verhältnis von Rechtswidrigkeit im Zivil-

---

17) Seib 75.

recht und Strafrecht fruchtbar machen können. Wenn das Recht sein Unwerturteil stets im Hinblick auf die Verwirklichung eines bestimmten Tatbestandes oder, anders ausgedrückt, in Bezug auf das dem Tatbestand zugrundeliegende Schutzobjekt ausspricht, ergibt sich von selbst die Lösung der hier aufgeworfenen Frage. Die Schutzobjekte der strafrechtlichen Tatbestände können schon auf Grund der öffentlich-rechtlichen Natur des Strafrechts nicht mit den Rechtsgütern des Privatrechts identifiziert werden.[18] Im Strafrecht spielt im Gegensatz zum Privatrecht das öffentliche Interesse[19] die dominierende Rolle. Hier wird neben evtl. Privatinteressen, wie etwa bei der Sachbeschädigung, stets auch die allgemeine Rechtssicherheit geschützt. "Wenn der Staat an ein bestimmtes äußeres Verhalten durch Rechtssatz öffentliche Strafe, Staatsstrafe knüpft, so muß es sich nach seiner Ansicht hier offenbar um ein Verhalten handeln, das eine Verletzung öffentlicher staatlicher Interessen, ein gesellschaftsschädliches Handeln in diesem Sinn darstellt."[20] Betrachtet das Strafrecht menschliches Handeln unter einem anderen Aspekt als das Zivilrecht, so können wir ohne weiteres feststellen, daß eine teleologische Betrachtungsweise durchaus dazu führen kann, daß eine

---

18) Mattern 31.

19) Kiehl 380; unrichtig Keßler, der dem Begriff des öffentlichen Interesses jede praktische Bedeutung abspricht (Keßler 11).

20) Heger ZStW 36, 27 ff. A 31, ähnlich Festgabe 274 N 2.

Handlung in einem Gebiet rechtmäßig, in einem anderen dagegen rechtswidrig ist.[21]

Die Verweisung des § 823 II auf Schutzgesetze ist ohne Beweiskraft, da hiermit noch keineswegs gesagt ist, ob bei der Prüfung, inwieweit ein Schutzgesetz verletzt, der Rechtswidrigkeitsbegriff des Rechtsgebietes, aus dem das Schutzgesetz entstammt oder (richtigerweise) der des Zivilrechts zugrundezulegen ist. Gerade die Tatsache, daß in § 823 II S. 2, u.U. im Gegensatz zu dem betreffenden Schutzgesetz, am Verschuldensgrundsatz festgehalten wird, legt nahe, daß auch bezüglich der Rechtswidrigkeit das Zivilrecht hier maßgeblich sein will.[22] Im übrigen dürfte es auch nur selten vorkommen, daß eine Handlung i.S. des Strafrechts rechtswidrig ist, i.S. des Zivilrechts dagegen rechtmäßig ist.[23]

---

21) Bruns 259; Hegler 29 A 31; insoweit auch richtig Engisch, Einheit 58, wenn er dort ausführt, die Einheit der Rechtswidrigkeit werde um so mehr verwirklicht werden können, als die Einheit der Rechtsordnung i.S. der Einheit von privatem und öffentlichem Recht dahin anerkannt werde, daß auf beiden Gebieten Individualinteressen und Allgemeininteressen eng verflochten sind. - Eine solche Einheit ist aber unserem geltenden Recht unbekannt und ließe sich, wenn überhaupt, dann nur in einem totalitären Staat wie im 3. Reich durchführen.

22) A.A. Geerds 228.

23) Wenn Hegler A 31 ausführt, daß, wenn das Privatrecht ein Verhalten als Unrecht negiert, dieses dann nicht als Verletzung staatlicher Interessen angesehen werden könne, so wird dies zwar meistens stimmen; ob dieser Satz aber in dieser Allgemeinheit haltbar ist, ist zweifelhaft. Aus der Verschiedenheit des zivilrechtlichen und strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, siehe § 7, kann es sich, wie wir noch sehen werden, u.U. doch ergeben, daß eine Handlung im Sinne des Strafrechts rechtswidrig, im Zivilrecht dagegen rechtmäßig ist.

Was die Entnahme von strafrechtlichen Rechtfertigungsgründen aus anderen Rechtsgebieten anbetrifft, so handelt es sich hier entweder um allgemeine Rechtfertigungsgründe, wie z.B. den übergesetzlichen Notstand (von dem § 904 BGB nur einen gesetzlich geregelten Unterfall bildet), oder aber um solche Fälle, in denen das StGB ausdrücklich oder stillschweigend diese anderwärts getroffene Regelung für sich anerkennt. So gilt z.B. die Regelung des § 228 BGB, wie durch arg. a maiore ad minus aus § 53 StGB geschlossen werden kann, auch für das Strafrecht. Wenn Rechtfertigungsgründe aus einem Rechtsgebiet ohne weiteres auf ein anderes hinüberwirken, hätte es der Regelung des § 227 BGB gar nicht bedurft. Es ist daher Lobe[24] voll recht zu geben, wenn er ausführt: "Die Vorschriften des bürgerlichen Rechts wirken nicht auf das Strafrecht hinüber, sondern es ist die Strafrechtsordnung selbst, die für ihr Gebiet nun auch jene Vorschriften des bürgerlichen Rechts als Rechtfertigungsgrund in Bezug auf ihre sonstigen Erklärungen der Rechtswidrigkeit und auf ihre Gebote oder Verbote gelten läßt."

Wenn sich die Gegner der hier vertretenen Auffassung darauf berufen, daß die Einteilung der Rechtsordnung eine willkürliche sei, so ist dies schlechthin falsch. Die Einteilung wird durch die auf Grund verschiedener Zwecksetzung hervorgerufenen Wesensverschiedenheiten einzelner Normmaterien bedingt. Die hier vertretene Ansicht knüpft nicht an die Einteilung der Rechtsgebiete an, sondern leitet ihre Schlüsse aus den Wesensverschie-

---

24) Lobe 571; ähnlich Bruns 259

denheiten der jeweiligen Normkomplexe ab. Das gegen die hier befürwortete Auffassung angeführte Argument, sie unterliege dem Fehler, aus der Verschiedenheit der Rechtsfolgen in den einzelnen Rechtsgebieten auf verschiedene Arten von Rechtswidrigkeit zu schließen, geht daher fehl. Richtig ist nur so viel, daß bei der Auslegung eines Gesetzes die in ihm ausgesprochene Rechtsfolge eine bedeutsame Rolle spielen kann. Ein Beispiel mag dies erhellen: Wird etwa in einem Strafgesetz ein bestimmtes Verhalten mit einer nicht unbeträchtlichen Strafe bedroht, so muß, soweit die Subsumtion des Sachverhalts unter den betreffenden Tatbestand nicht eindeutig ist, sich der Interpret fragen, ob der Gesetzgeber ein Handeln, dem u.U. kaum ein Unwert beigemessen werden kann, tatsächlich so streng bestrafen wollte oder anders, ob es dem Handeln zuzuordnen ist, an das der Gesetzgeber dachte, als er eine derartige Strafe aussprach. Insoweit kann in Zweifelsfällen nicht nur die Subsumtion eines Sachverhalts unter einem Tatbestand für die Rechtsfolge bedeutsam sein, sondern auch die Rechtsfolge für die Subsumtion eines Sachverhalts unter einem Tatbestand.[25] Ohne diese Wechselwirkung kommt man, so paradox sie im ersten Moment anmuten mag, bei der Gesetzesauslegung nicht aus.[26] Ähnlich kann es durchaus möglich sein, daß die EW eines Minderjährigen in die Zueignung einer Sache

---

25) Radbruch drückt dies geistreich folgendermaßen aus: "Die Auslegung ist also das Ergebnis ihres Ergebnisses"(Radbruch-Zweigert:Einführung in die Rechtswissenschaft, 1952 S. 161; ähnlich Esser, Grundsatz ... 256).

26) Das übersieht m.A. nach E.Schmidt JZ 54,375 bei seiner Besprechung des Mensururteils des BGH.

zwar die zivilrechtlichen Folgen des § 823 als nach wie vor angemessen erscheinen läßt, daß aber bezüglich der Unterschlagung die EW rechtfertigend wirkt, da hier eine Bestrafung nicht mehr vertretbar erscheint. (Hier haben wir ein Beispiel, wo bei der Prüfung der Rechtswidrigkeit die Rechtsfolge bedeutsam werden kann.[27])

Für eine verschiedene Rechtswidrigkeit im Zivilrecht und Strafrecht dürfte auch eine neuere Lehre[28] sprechen - der leider noch nicht die ihr gebührende Achtung zuteil geworden ist -, nach der es verschiedene Grade der Rechtswidrigkeit und nicht nur der Schuld gibt. "Im einzelnen ist der Grad der Rechtswidrigkeit vom Angriffsobjekt (insbesondere von dessen Wert), von der Art der Angriffshandlung, von der Besonderheit der Lage, insbesondere vom Verhalten des Verletzten abhängig."[29] Sie kann sich hierfür auf viele Beispiele aus der Rechtsprechung berufen. So erklärt sich im Strafrecht die Straflosigkeit des untauglichen Versuchs mit abergläubischen Mitteln daraus, daß hier

---

27) Darauf beruht letzten Endes die frühzeitige Abwendung des RGSt (41, 392) von der Rechtsgeschäftstheorie Zitelmanns. Im Strafrecht machten sich die Unbilligkeiten, zu der diese Theorie führt, naturgemäß in stärkerem Umfang bemerkbar als im Zivilrecht.

28) Erstmals Kern, Grade der Rechtswidrigkeit ZStW 1952, 255 ff.; ihm folgend Noll 45 ff. und Übergesetzliche Milderungsgründe ... 181 ff.

29) Kern 276.

fast der Nullpunkt der Rechtswidrigkeit erreicht ist.[30] [31] Im Verwaltungsrecht wird schon seit langem nach dem Grad der Rechtswidrigkeit zwischen anfechtbaren und nichtigen Verwaltungsakten unterschieden usw. Im Rahmen dieser Abhandlung kann diesem Problem nicht näher nachgegangen werden, folgt man aber dieser Lehre, und es ist ihr zu folgen, so ist nicht einzusehen, warum der Gesetzgeber ähnlich, wie er etwa zur Bewertung eines bestimmten Verhaltens im BGB einen Tatbestand geschaffen hat, im StGB dagegen nicht, weil es ihm nicht strafwürdig schien, nicht auch ein im Zivilrecht und Strafrecht tatbestandsmäßiges Verhalten für derart rechtswidrig hält, daß er zwar privatrechtliche Folgen an es knüpfen möchte, strafrechtliche aber nicht. Wäre man anderer Auffassung, so würde man den Gesetzgeber unzulässigerweise in seiner Autonomie beschränken. Man wende nicht ein, der Gesetzgeber habe andere Möglichkeiten, hier zu helfen, etwa durch Einführung von Bedingungen der Strafbarkeit und ähnlichem. Es dürfte ein nicht

---

30) Kern 279.

31) Besonders deutlich wird die Abstufbarkeit der Rechtswidrigkeit in den Fällen der Pflichtenkollision. Es erscheint hier nicht gerechtfertigt, daß in Fällen, in denen diese zu einer hauchdünnen Wertungsdifferenz führt, der Täter mit den oft erheblichen Mindeststrafen eines Tatbestande bestraft wird. Aus diesen Gründen wird man mit Noll auch übergesetzliche Milderungsgründe anerkennen müssen (Noll, Milderungsgründe 189 ff.). Im Hinblick auf Art. 3 GG ergeben sich insoweit auch schwerwiegende Bedenken gegen die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Mindeststrafen. Diesen entscheidenden Gesichtspunkt scheint mir T. Raiser bei seiner Abhandlung über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Mindeststrafen (JZ 63, 633) außer Acht gelassen zu haben. Wenn er Art. 3 GG in Hinblick auf die gesetzlichen Strafdrohungen ähnlicher Tatbestände anwenden will, so dürfte dies dagegen kaum jemals bedeutsam werden, da der Gesetzgeber bei der Bestimmung der Strafdrohungen einen sehr weitgehenden Ermessensspielraum hat.

32) Vgl. hierzu Eyermann-Fröhler, Anh.§42 RdN. 1 ff

zu leugnender erheblicher Unterschied sein, ob jemand mangels Rechtswidrigkeit nicht strafbar ist oder deshalb, weil es an einer Bedingung der Strafbarkeit fehlt.

§ 3 Wann kommt in abstracto eine rechtferigende Einwilligung in Frage?

Daß bei bestimmten Delikten sowohl im Strafrecht als auch im Zivilrecht die Einwilligung die Rechtswidrigkeit auszuschließen vermag, ist heute allgemeine Meinung.[1] [2] Auch über das hierfür maßgebliche Kriterium besteht in abstracto Einigkeit. Entscheidend ist, ob

---

1) So für viele Palandt-Gramm § 823 7 B f.; RGRK-Haager § 823 A 38; im StGB Mezger LK vor § 51, 10 C bb.

2) Hirsch 104 A 101 will auch in diesen Fällen bereits Tatbestandsausschluß annehmen, da der Einwilligende nichts anderes als der verlängerte Arm des Verletzten sei und daher nicht Täter, sondern nur Gehilfe sein könne, wodurch auf Grund der strafrechtlichen Akzessorutätsgrundsätze, mangels einer mit Strafe bedrohten Haupttat, ein strafbarer Tatbestand ausscheide. M.A. nach ist dieser Auffassung für das Strafrecht, jedenfalls in gewissen Fällen, recht zu geben. In unserem Schuldstrafrecht kann nur der subjektive Täterbegriff vertreten werden, wenn auch nicht in der extremen Zuspitzung, wie er ihm vom RGSt im Badewannenfall gegeben wurde. Nachdem die EW des Verletzten ein Indiz für das Interesse des Täters an der Tat ist, kann u.U. der Fall tatsächlich so gelegen sein, daß der auf Grund der EW Handelnde zum reinen Werkzeug für den Verletzten wird. Dem Zivilrecht sind aber jene feinen Nuancierungen des Strafrechts nicht bekannt. Da hier nicht die Schuld des Täters im Vordergrund steht, kann es sich damit begnügen, an objektivere Kriterien (objektive Tatherrschaft) anzuknüpfen. Das ist hier auch deshalb rechtspolitisch unbedenklich, weil gem. § 830 II BGB Täter und sonstige Teilnehmer gleich behandelt werden. Bedenklich ist daher, wenn die h.L. im Zivilrecht bezüglich des Täterbegriffs im Zivilrecht ohne Begründung auf das StGB erweist (siehe z.B. Palandt -Gramm § 830, 3 und Ermann-Drees 3).

durch das betreffende Delikt nur der Einwilligende geschützt werden soll. Soweit neben ihm noch Verletzte vorhanden sind, kann seine EW allein die Tat nicht rechtfer gen. Streitig ist der innere Grund für den Rechtswidrigkeitsausschluß.

Die herrschende Lehre verneint die Rechtswidrigkeit mit der Begründung, daß für das Recht kein Grund bestehe, mit Sanktionen einzuschreiten, wenn der Verletzte seinerseits in die Verletzung eingewilligt hat. Sie nimmt einen Rechtfertigungsgrund nach dem Prinzip des mangelnden Interesses an.[3] Dagegen wird teilweise die Auffassung vertreten, auch die Rechtfertigung durch EW lasse sich auf das Prinzip des überwiegenden Interesses zurückführen.[4] Der Freiheit des Individuums müsse ein Wert zuerkannt werden, hinter der die durch den jeweiligen Tatbestand geschützten Rechtsgüter an Wert zurücktreten.

Dem Streit kommt in der Hauptsache theoretische Bedeutung zu, praktisch spielt er keine Rolle. Für das Zivilrecht scheint mir die letztere Meinung recht zu haben. Im Rahmen der Privatautonomie, von der vornehmlich unser Schuldrecht beherrscht wird, kommt der Freiheit des einzelnen tatsächlich ein bedeutender Wert zu. Auch das GG garantiert in Art. 2 I GG die Freiheit der Persönlichkeit. Für das Strafrecht halte ich allerdings die herrschende Ansicht für richtig, da, wie wir sahen, hier in den einzelnen Tatbeständen stets auch ein öffentliches Interesse mitgeschützt wird, dieses jedoch durch die EW des Verletzten nicht voll beseitigt werden kann.

---

3) Diehl 76; Kiehl 379; Mezger 270
4) Esser § 53, 5a; Noll 75.

Es ist keineswegs selbstverständlich, daß die Willkür des einzelnen über den öffentlich-rechtlichen Strafanspruch entscheidet, wie übrigens auch die Geschichte der EW beweist.[5]

Nachdem in abstracto festgestellt wurde, wann die EW rechtfertigend wirken kann, fragt sich, wie bei den einzelnen Delikten ersehen werden kann, ob durch sie nur die Interessen des Einwilligenden geschützt werden sollen. Dabei muß man sich darüber im klaren sein, daß diese Frage naturgemäß im Zivilrecht, in dem es vornehmlich um den Schutz von Privatinteressen geht, bei weitem nicht so problematisch ist wie im Strafrecht, immerhin spielt sie aber auch hier eine Rolle.[6] So kann etwa eine Person nicht wirksam in schwere Körperverletzungen einwilligen, da insoweit auch im Zivilrecht öffentliche Interessen mitspielen.

Sicher sind die Delikte einer EW zugänglich, bei denen der Verletzte über das geschützte Rechtsgut rechtsgeschäftlich verfügen kann. Das ergibt sich bereits aus einem arg. a maiore ad minus. Soweit nämlich ein Recht übertragen wird, geht insoweit die Befugnis auf den Erwerber über, dem Recht entsprechend mit diesem zu verfahren. Danach liegt der Schluß zumindest nahe, daß es dem Verletzten auch möglich sein muß, ohne Änderung der Rechtszuständigkeit einem anderen zu gestatten, mit dem Gegenstand umzugehen, als sei er selber der Rechtsinhaber. Oder an Hand eines Beispiels:

---

5) Siehe hierzu eingehend Schugmann bes. 1 ff., 23 ff., 44 ff., 80.

6) Siehe auch Geerds 208.

Daraus, daß der Eigentümer einer Sache diese gemäß § 929 übertragen kann und somit dem Neuerwerber die ausschließliche Herrschaftsbefugnis über sie verschafft, folgt, daß es ihm auch möglich sein muß, unter Beibehaltung seines Eigentums einem anderen zu gestatten, sich wie ein Eigentümer zu gerieren. Das Kriterium der Übertragbarkeit eines Rechts vermag nun allerdings nicht immer weiterzuhelfen. Die EW ist darüber hinaus auch in vielen anderen Fällen bedeutsam. So ist es unstreitig, daß bei leichter Körperverletzung die EW wenigstens in gewissem Umfang rechtfertigend wirkt (§ 226a StGB). Hinsichtlich seines Körpers steht dem einzelnen zwar auch ein subjektives Recht zu, sicher ist dies aber nicht übertragbar. Auf den Ausschluß der Rechtswidrigkeit kann aber, nachdem das Zivilrecht insoweit keinerlei Regelung trifft, aus dem StGB durch arg. a maiore geschlossen werden.

Wenn schon das StGB, in dem neben dem privaten Interesse auch das öffentliche Interesse geschützt wird, die EW als Rechtfertigungsgrund anerkennt, so muß dies erst recht für das Zivilrecht gelten. Mit der Verweisung auf das StGB ist nun freilich nicht immer des Rätsels Lösung gefunden, da sich hier, von § 226a StGB abgesehen, auch keine ausdrückliche Regelung findet. Immerhin bestehen gewisse Indizien, die uns bei der uns interessierenden Frage weiterhelfen können. Zu denken ist hier an das Antragsrecht[7] und die Straflosig-

---

7) v.Bar 585; Holer 104; Honig 127l; a.A. Geerds 14; Keßler 19; Renner 101; Traeger 121.

keit der Selbstverletzung.[8] Auch die in § 226a StGB getroffene Wertentscheidung des Gesetzgebers läßt über ihren unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus gewisse Schlüsse zu. Wohlgemerkt, es handelt sich bei allem nur um Indizien, nicht um vollgültige Beweise, wie die Existenz des § 172 StGB[9] zeigt, bei dem richtiger Auffassung nach auch das Institut der Ehe mitgeschützt wird. § 216 StGB[10] schließlich beweist, daß auch aus der Straflosigkeit der Selbstverletzung nicht unbedingt auf die rechtfertigende Wirkung der EW geschlossen werden kann.

Wir können somit feststellen, ohne hier schon auf Einzelheiten eingehen zu müssen, daß die rechtfertigende EW einen großen Wirkungsbereich im Zivilrecht hat, vornehmlich bei Vermögensdelikten, aber auch bei gewissen Persönlichkeitsrechtsverletzungen.[11]

---

8) Keßler 68; Klee GA 50, 256; a.A. Holer 129; Kiehl 363.

9) Schwarz-Dreher § 172, 1 B; Schönke-Schröder A 2; Bechthold 75; Geerds 32; Renner 11; a.A. Honig 133; Traeger 131.

10) Dabei handelt es sich bei dem Verlangen um eine EW von besonderer Intensität, so Schwarz-Dreher § 172 1 B.

11) Siehe hierzu aus neuester Zeit Bechthold, Die Wirkung der EW des Verletzten; Renner, Die Einwilligung als Tatbestandsmerkmal und als Rechtfertigungsgrund.

§ 4 Zur Methodik der Untersuchung der Erfordernisse einer rechtfertigenden EW

Nachdem wir im vorherigen Abschnitt feststellten, daß der EW in gewissen Fällen rechtfertigende Wirkung zukommt, wendet sich unser Blick zwangsläufig der EW selber zu. Welche Anforderungen muß sie erfüllen, um rechtsgültig zu sein? Zur Lösung dieser Frage bieten sich theoretisch 2 Lösungswege an.

Die erste Methode wäre, aus der Rechtsnatur der EW heraus die Lösung der interessierenden Einzelfragen durch deduktiven Schluß abzuleiten. Diese Methode ist aber nur dann brauchbar, wenn es gelingt, die Rechtsnatur der EW für alle in diesem Zusammenhang interessierenden Delikte zu ergründen, und sich die für alle Arten von Verletzungen gefundene Bestimmung in eine der herkömmlichen Kategorien der Rechtshandlungen einfügt.

Fehlt es an einem der oben aufgezeigten Erfordernisse, so besteht nur die Möglichkeit, durch genaue Untersuchung der jeweiligen Einzelprobleme die richtigen Ergebnisse zu gewinnen. Dabei kann sich unter Umständen zeigen , daß sich auf Grund der Verschiedenheit der einer EW zugänglichen Rechtsgüter für bestimmte Fragen eine einheitliche Antwort nicht geben läßt. Im Gegensatz zur oben zuerst erörterten Methode müssen hier die Lösungen induktiv gesucht werden. Sie können nicht, wie es nach der deduktiven Methode möglich ist, aus einem Obersatz abgeleitet werden.

Logischerweise muß die deduktive Methode vor der induktiven Methode bemüht werden. Gelingt es, z.B. die Rechtsnatur der EW dahin zu bestimmen, daß es sich bei ihr um ein Rechtsgeschäft handelt, so lösen sich Probleme, wie, ob die EW erklärt, ob sie dem Täter bekannt sein muß, welche Auswirkungen ein Irrtum bei ihr hat etc., wie von selbst.

§ 5 Die Rechtsgeschäftstheorie

Wie ihr Name bereits sagt, faßt sie die EW als ein Rechtsgeschäft auf. Begründet wurde sie von Zitelmann[1] in seiner berühmten Abhandlung über den Ausschluß der Widerrechtlichkeit. Sie fand im Zivilrecht in Literatur[2] und Rechtsprechung[3] eine zahlreiche Anhängerschaft. Im Strafrecht wurde sie von vornherein mit Skepsis betrachtet.[4]

---

1) In AcP 99, 1 (53).

2) Enneccerus-Lehmann § 213 III, 3; Enneccerus-Nipperdey § 210 II, 3; Erman § 823 10c; Fischer 271; Flad 17; Oertmann § 823 7d; Drees Planck C 3c.

3) St. Rspr. des RGZ und BGH bis BGHZ 29, 33.

4) Hier schloß sich ihr Frank III vor § 51 zur 10. Auflage an. Das RGSt lehnte sie bereits in RGSt 41, 392 (395) ab. Gegen die Rechtsgeschäftstheorie in der strafrechtlichen Literatur: Geerds 47; Mezger LK vor § 51, 10c, aa; Mahling 47; Mattern 30; Renner 43; Schönke-Schröder vor § 51 A 35 und die ganze h.L.

Ist die EW ein Rechtsgeschäft? Aus dem BGB unmittelbar kann eine Antwort auf diese Frage nicht gegeben werden, da hier die rechtfertigende EW gar nicht erwähnt wird. Zwar sprach man sich in den Motiven[5] dafür aus, sie als Rechtsgeschäft aufzufassen,[6] anders dagegen aber die Protokolle:[7] "Die EW könne ganz verschieden zu charakterisieren sein."

Rechtsgeschäft ist der Tatbestand, der sich aus der Verbindung von Willenserklärung und dem sonstigen zur Herbeiführung einer Rechtsfolge erforderlichen Tatbestandsteil ergibt.[8] Die Rechtsfolge besteht in einer Aufhebung oder Änderung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses. Diese Erfordernisse erfüllt die EW jedoch nicht.[9] Ihre Wirkung erschöpft sich darin, daß sie eine tatbestandsmäßige Verletzungshandlung rechtfertigt. Von einer Begründung, Aufhebung oder Änderung eines Rechts kann keine Rede sein. Daß durch die EW des Verletzten kein Recht des Täters auf Vornahme einer Verletzungshandlung begründet wird, ergibt sich schon

---

5) Band 2, 730.

6) Im übrigen wäre die damalige Auffassung des Gesetzgebers für die hier zu entscheidende Frage auch nicht maßgeblich. Die subjektive Auslegungstheorie, jedenfalls in ihrer extremen Überspitzung, gehört längst der Vergangenheit an und hat heute der objektiven Theorie Platz machen müssen. Zur objektiven Theorie siehe eindrucksvoll Radbruch, Rechtsphilosophie, 209 ff. und Esser, Grundsatz ... 256 ff.

7) Band 2, 578.

8) So die h.L., etwa Erman-West. 3 der Einleitung zu § 104.

9) Creifelds 39; Honig 160; Noll 69; Mezger 277; BGH NJW 64, 1177; a.A. Zitelmann 56, 67

daraus, daß die EW nach allgemeiner Meinung jederzeit widerruflich ist.[10]

Überdies würde die Begründung eines Verletzungsrechts bei höchstpersönlichen Rechtsgütern wie Körper, Ehre etc. wegen Sittenwidrigkeit nichtig sein. Gerade die Möglichkeit einer EW bei solchen persönlichen Rechtsgütern, die nicht Gegenstand des rechtsgeschäftlichen Verkehrs sein können, spricht besonders gegen die rechtsgeschäftliche Natur der EW.[11]

Zudem würde, selbst wenn man mit Zitelmann die Begründung eines Rechts annehmen würde, bei der EW noch insoweit ein bedeutender Unterschied zum Rechtsgeschäft bestehen, als bei der EW diese Rechtsfolgen vom Verletzten nicht gewollt sind.[12] Dessen Wille geht in der Regel nur auf die Zustimmung zu einem tatsächlichen Verhalten.

Auch rechtspolitisch erscheint eine solche Auslegung nicht wünschenswert da sie zu einer Generalisierung führen müßte, die der EW-Problematik nicht gerecht werden würde, da die EW bei einer Vielzahl von zum Teil ganz verschiedenartigen Rechtsgutverletzungen bedeutsam wird. Letzterem Gesichtspunkt will ein Teil der Literatur dadurch Rechnung tragen, daß er bei der Bestimmung der Rechtsnatur der EW nach der Art des betreffenden Schutzobjektes differenziert.[13]

---

10) Siehe § 16 der Arbeit.

11) Creifelds 40; Mahling 46; Mattern 30; Traeger 147.

12) Creifelds 36; Manigk 508; a.A. Zitelmann 51 ff.

13) Frank, Kommentar zum StGB, 17. Aufl., 136; ferner die in A 12 genannten.

Nur soweit es sich um die Verletzung von Gütern handelt, die der Bestimmung des Privatrechts unterliegen - gedacht ist hierbei an solche Güter, die Gegenstände des rechtsgeschäftlichen Verkehrs sein können -, soll die EW als Rechtsgeschäft anzusehen sein. Dieser Lehre, die man oft auch als eingeschränkte Rechtsgeschäftstheorie bezeichnet, begegnet mit Ausnahme des letztgenannten Einwands den gleichen Bedenken wie die Rechtsgeschäftstheorie.

Ein richtiger Gedanke liegt ihr insoweit zugrunde, als die vom Gesetzgeber bezüglich Vermögensgeschäften getroffenen Wertentscheidungen (z.B. der ausgeprägte Minderjährigenschutz) über ihren unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus auch für die EW Bedeutung erlangen können. Kommt etwa die EW in eine Vermögensverletzung in ihren praktischen Auswirkungen weitgehend auf eine Vermögensverfügung hinaus,[14] so liegt es nahe, auch hier bei Minderjährigkeit des Einwilligenden die den Minderjährigenschutz bezweckenden Vorschriften entsprechend anzuwenden. Ein solches auf Grund teleologischer Interpretation gewonnenes Ergebnis vermag aber nichts

---

14) Ebermayer, Kommentar zum StGB, 3. Aufl., Einl. III Nr. 13; Köhler, Deutsches Strafrecht 413; H.Lehmann in Handbuch des Rechts II, 212, wollen bezeichnenderweise die EW nur dann als Rechtsgeschäft ansehen, wenn in ihr ein rechtsgeschäftlicher Dispositionsakt liegt. Da die EW in die Verletzung von Vermögensrechten keineswegs immer einer rechtsgeschäftlichen Verfügung gleichzukommen braucht, so wenn ich jemand bitte, eine Veränderung an einer mir gehörenden Sache vorzunehmen, wäre die Konsequenz dieser Ansicht, daß die EW selbst bei Verletzung gleicher Rechtsgüter von unterschiedlicher Rechtsnatur sein könnte. Dieses Ergebnis kann aber unmöglich richtig sein. Ähnlich wie hier auch Creifelds 49 ff.

über die Rechtsnatur der EW auszusagen. Selbst wenn die EW weitgehend den gleichen Regeln gehorchen sollte wie ein Rechtsgeschäft, so folgt hieraus noch lange nicht, daß es sich bei ihr wirklich um ein Rechtsgeschäft handelt. Der Schluß von den Wirkungen auf die Ursache ist unzulässig.

Gegen die von der eingeschränkten Rechtsgeschäftstheorie getroffene Unterscheidung spricht, daß der innere Grund für die rechtfertigende Wirkung der EW, unabhängig von der Art des verletzten Rechtsguts, der gleiche ist, es daher auch nahe liegt, die Rechtsnatur der EW einheitlich zu bestimmen (was aber nicht bedeutet, daß die EW bei allen verletzten Rechtsgütern den gleichen Regeln zu folgen hat. Ebenso wie der Schluß von gleichen Regeln auf die gleiche Rechtsnatur nicht zwingend ist, gilt auch das Umgekehrte. Nur wenn die EW ein Rechtsgeschäft wäre, ließe sich auf Grund der im Gesetz für Rechtsgeschäfte getroffenen Normierung auch hinsichtlich der für sie maßgebenden Gesetze eine Aussage machen, was sich daraus ergibt, daß die Rechtsgeschäfte die einzigen Rechtshandlungen sind, für die der Gesetzgeber subsidiäre Auffangtatbestände geschaffen hat.)

In gewisser Verwandtschaft zur eingeschränkten Rechtsgeschäftstheorie steht die Lehre von Larenz.[15] Dieser will danach unterscheiden, ob die EW Bestandteil eines auf weitere Rechtsfolgen gerichteten Vertrages, wie eines Miet-, Pacht- oder Leihvertrages sei oder

---

15) Larenz BT 406.

für sich selbst erteilt werde. Im ersten Fall sei sie Teil eines Rechtsgeschäfts, mit dem sie steht und fällt, im letzteren eine geschäftsähnliche Willenserklärung. Der Gedankengang von Larenz ist offenbar der, daß beim Abschluß eines Vertrags von der oben genannten Art in der Willenserklärung z.B. des Vermieters immer auch die EW in solche Veränderungen oder Verschlechterungen der gemieteten Sache, die durch den vertragsgemäßen Gebrauch herbeigeführt werden, mitenthalten sei, mit anderen Worten die EW sei Bestandteil des Vertrages.

Dieser Gedankengang hat in der Tat im ersten Augenblick etwas bestechendes an sich; er hält aber einer näheren Prüfung nicht stand. Zunächst einmal ist es keineswegs immer so, daß der Vermieter beim Vertragsschluß in Verletzungen eingewilligt hat. Oft wird er an solche in dem Moment gar nicht gedacht haben. Die Annahme einer EW würde daher auf eine reine Fiktion hinauslaufen. Von einer EW kann aber nur bei einem wirklich vorliegenden aktuellen Willen gesprochen werden. Selbst wenn aber eine EW vorlag, so war dies keine EW der hier interessierenden Art, keine rechtlich wirksame EW, sondern nur eine solche im ontologischen Sinn. Die rechtfertigende EW muß im Zeitpunkt der Verletzungshandlung vorliegen, nur dann bestand kein bzw. ein anderes überwiegendes Interesse des Verletzten. Eine vor dem Zeitpunkt der Handlung abgegebene EW ist rechtlich irrelevant. Sie kann jederzeit widerrufen werden. In den von Larenz gebrachten Fällen ist es in Wahrheit der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag, der evtl. spätere Verletzungen zu rechtfertigen vermag.

Dieser Vertrag begründet ein Eingriffsrecht für den Verletzer, er ist bindend. Mit der EW, die ein einseitiger Akt des Verletzten ist, hat er nichts zu tun. Handelt der Täter dem Vertrag entsprechend, so kann dies nicht rechtswidrig sein, es sei denn, er begeht verbotene Eigenmacht. Darauf, ob seine EW im Zeitpunkt der Verletzungshandlung noch vorliegt, kommt es gar nicht mehr an. Der Trugschluß von Larenz wird nun klar. Er nimmt irrigerweise an, die EW und nicht der Vertrag rechtfertige und kommt so dazu, die EW als "Bestandteil" des Vertrages wie diesen als Rechtsgeschäft zu beurteilen. Besonders deutlich wird die Fehlerhaftigkeit dieser Ansicht, wenn die EW "Bestandteil" eines ärztlichen Behandlungsvertrags ist, dessen Gegenstand ein Heileingriff ist. Auch hier liegt im Moment des Vertragsabschlusses eine EW des Verletzten im Sinne von Larenz vor. Konsequenterweise müßte er daher diese "EW" ebenfalls als Bestandteil des Vertrages betrachten. Da in diesem Fall für den Arzt aber kein Eingriffsrecht begründet wird, ist leicht ersichtlich, daß es sich bei dieser EW noch um keine rechtlich relevante handelt, kann sie doch noch jederzeit vor Operationsbeginn widerrufen werden. Entscheidend ist die Zustimmung des Verletzten während bzw. unmittelbar vor dem Eingriff. Larenz' Ansicht wäre auch noch deshalb bedenklich, weil sie auch die EW in Verletzungen persönlicher Rechtsgüter als Rechtsgeschäft auffassen müßte.

Nun ist es allerdings sehr wohl so, daß EW und Vertrag auch nebeneinander vorkommen können. Meist wird der Verletzte, der sich bereits vorher vertraglich gebunden hat, auch im Augenblick der Tat mit dieser einver-

standen sein. Diese EW fällt aber in der Regel nicht mit dem Vertrag zusammen. Sie ist, jedenfalls was das äußere Verhalten anbetrifft, die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtung und daher, selbst wenn EW und Vertrag zeitlich fast zusammenfallen, von diesem streng zu trennen. Zu denken wäre höchstens an die Annahme einer Geschäftseinheit gemäß § 139 BGB. Abgesehen davon, daß diese oft schon deshalb fraglich wäre, weil EW und Vertrag deutlich voneinander getrennt und abgesetzt sind, scheitert sie auch daran, daß § 139 BGB voraussetzen würde, daß die EW ein Rechtsgeschäft ist, was aber eben fraglich ist und erst bewiesen werden sollte. Schließlich wäre es auch keineswegs einzusehen, warum die EW, die unbestrittenermaßen auch ohne Vorliegen eines Vertrages zu rechtfertigen vermag, ihre Rechtsnatur dann verändern sollte, wenn sie im Zusammenhang mit einem solchen vorkommt.

Der Versuch, die EW als Rechtsgeschäft zu betrachten, muß daher als gescheitert angesehen werden.

§ 6 Die EW als Rechtshandlung oder Tathandlung?

Die EW könnte, nachdem ihr oben die Rechtsgeschäftsnatur abgesprochen wurde, u.U. als Rechtshandlung[1] im eigentlichen Sinne angesehen werden. Hierunter versteht man erlaubte rechtswirksame Handlungen, deren Wirken ohne Rücksicht auf den Parteiwillen und seine

1) Lehmann AT 121; ähnlich Erman-Westermann. Einleitung zu § 104, 1; Palandt-Danckelmann. Überblick vor § 104, 1d.

Äußerung eintritt, vielmehr durch das Gesetz bestimmt wird. Auch hier muß eine Begründung, Aufhebung oder Änderung eines Rechts stattfinden, woran es aber wiederum fehlt.

Um eine Tathandlung,[2] d.h. eine Handlung, die einen tatsächlichen Erfolg herbeiführt, an den die Rechtsordnung Folgen knüpft, handelt es sich bei der EW nicht. "Während bei der Tathandlung die Rechtswirkung der EW an den Erfolg geknüpft ist, den der Handelnde selbst gesetzt hat, tritt die Rechtswirkung der EW ... in der rechtlichen Bedeutung einer Handlung in Erscheinung, die von einem anderen als dem Einwilligenden vorgenommen worden ist."[3]

Im übrigen würde uns die Subsumtion der EW unter einen dieser Begriffe wenig nützen, da für die Tathandlung keine allgemeinen Regelungen bestehen, bei der Rechtshandlung zwar die Regeln über Rechtsgeschäfte analog herangezogen werden, diese analoge Anwendung aber nur insoweit in Betracht kommt, als eine Rechtsähnlichkeit zum Rechtsgeschäft besteht, an der es aber, wie dargetan, bei der EW fehlt.

Als Zwischenergebnis muß daher festgestellt werden, daß sich die EW einer Systematisierung durch Einordnung in die herkömmlichen Kategorien der Rechtshandlungen entzieht. Es handelt sich bei ihr um eine rechtswirksame Handlung eigener Art.[4]

---

2) Lehmann AT 320; Palandt-Danck. Überblick vor § 104 1e.

3) Honig 165; ähnlich Creifelds 46.

4) Creifelds 46; Honig 158; Mahling 47; Mattern 30.

§ 7 Die Bestimmung des zivilrechtlichen Unrechtsbegriffs

Der Versuch, mit Hilfe der deduktiven Methode zum Ziel zu kommen, scheiterte. Es bleibt nur die Möglichkeit, durch induktive Schlüsse die an eine rechtsgültige EW zu stellenden Erfordernisse zu ergründen.

So viel steht bisher nur fest: Die EW vermag in bestimmten Fällen die Rechtswidrigkeit einer Handlung auszuschließen. Läßt sich hierauf nicht bereits weiter aufbauen? Wenn wir sagen, die EW schließe das Unrecht einer Handlung aus, stellt sich die Frage, worin das Wesen des Unrechts einer Handlung im Zivilrecht besteht. Es ist dies ein Problem, das im Strafrecht[1] unter dem Einfluß der finalen Handlungslehre schon lange umstritten ist, in der zivilrechtlichen Diskussion aber erst seit der Entscheidung des großen Zivilsenats des BGH[2] vom 4.3.1957 eine bedeutende Rolle spielt und oft mit den Stichworten "Erfolgsunwert oder Handlungsunwert" charakterisiert wird. - Die Problemstellung ist folgende: Knüpft das Zivilrecht seinen Rechtswidrigkeitsausspruch allein an die Herbeiführung eines rechtswidrigen Erfolges durch menschliches Handeln, unabhängig davon, ob dem Handelnden in Bezug auf seine Handlung ein Sorgfaltsverstoß zur Last fällt, oder setzt das Rechtswidrigkeitsurteil voraus, daß der Handelnde die erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat?

---

1) Welzel, Das neue Bild im Strafrecht, 3. Aufl., 31.
2) BGHZ 24, 21 = JZ 57, 543 = NJW 57, 785.

Der Sachverhalt, der dem BGH-Urteil zugrunde lag, soll kurz skizziert werden. Der Kläger war von einer Straßenbahn überfahren worden. Dem Straßenbahnführer konnte ein Sorgfaltsverstoß nicht nachgewiesen werden. Der große Senat entschied dahin, daß bei verkehrsrichtigem Verhalten entstehende unvermeidbare Schädigungen nicht rechtswidrig seien.[3] Er nimmt einen Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens an, für den die Beweislast den Schädiger treffe.[4] Er will diesen Rechtfertigungsgrund aber vorläufig nur für den Straßen- und Eisenbahnverkehr anerkennen.[5]

Im Anschluß an diese Entscheidung hat in der Literatur eine lebhafte Diskussion eingesetzt. Dabei dürften sich die Befürworter und die Gegner der Entscheidung die Waage halten.

Bejaht wurde die Entscheidung vornehmlich von Nipperdey,[6] wenn auch mit gewissen Einschränkungen. So wendet er sich gegen die Begrenzung der Entscheidung auf das Verkehrsrecht.[7] Das Rechtswidrigkeitsurteil ver-

---

3) BGHZ 24, 21 (26).

4) BGHZ 21, 28.

5) BGHZ 21, 27.

6) Nipperdey NJW 57, 1178 und Nipperdey, Karlsruher Forum; ähnlich Baumann MDR 57, 696; Wieacker JZ 57, 535; Zippelius NJW 57, 1707; teilweise auch Wiethölter, Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens.

7) Nipperdey 11, 78.

lange stets, wie im Zivilrecht, so auch im Strafrecht, daß der Handelnde die objektiv gebotene Sorgfalt außer Acht gelassen habe. Nipperdey beruft sich auf die Einheit der Rechtsordnung. Nicht der Begriff der Rechtswidrigkeit, sondern nur die Rechtsfolgen, die sich an das rechtswidrige Verhalten knüpfen, könnten in jedem Rechtsgebiet für sich festgestellt werden. Die trotz Beachtung aller Regeln des Gemeinschaftslebens entstehenden unvermeidbaren Schäden seien nicht Unrecht, sie seien nur Unglück. Fälle solcher Art könnten nur unter dem Gesichtspunkt der Gefährdungshaftung rechtlich bedeutsam werden. Man müsse im Interesse der Persönlichkeit des Betroffenen vermeiden, ihn ohne Grund zu diffamieren und ein Unwerturteil über eine Handlung auszusprechen, wenn dies keineswegs berechtigt ist. Vielfach wird dann auch betont, die andere Ansicht würde zu unmöglichen Ergebnissen führen. So müsse der Waffenhändler,[8] der ein Gewehr an einen ihm unbekannten verkaufe, der sich nachträglich als Mörder entpuppt, sich dem Vorwurf einer tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen Tötungshandlung aussetzen. Ablehnend verhält sich Nipperdey dem BGH[9] gegenüber insoweit, als er diesem vorwirft, daß er zweimal prüfe, ob sich der Täter verkehrsrichtig verhalten habe, nämlich einmal auf der Ebene der Rechtswidrigkeit, zum anderen auf der der Schuld, nur mit umgekehrter Beweislastverteilung.[10] Richtigerweise muß nach Nipperdey, der auch insoweit auf die Lehre Welzels vom personalen Handlungswert zu-

---

8) Beispiel bei Deutsch 230.

9) BGHZ 24, 28.

10) Nipperdey 1179.

rückgreift, geprüft werden, ob der Sorgfaltsverstoß auch dem Täter persönlich zuzurechnen sei. Nur dies werde dem Schuldbegriff des BGB gerecht. Nipperdey weist darauf hin, daß gemäß § 276 I S. 3 §§ 827, 828 auch für die Fahrlässigkeit gilt. Darüber hinaus erkenne auch die andere Auffassung gewisse subjektive Elemente des Fahrlässigkeitsbegriffs an, indem sie bei Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabes nach Alters- und Berufsgruppen differenziere.

Die Auffassung Nipperdeys[11] muß abgelehnt werden. Zunächst gibt das so oft mißbrauchte Schlagwort von der Einheit der Rechtsordnung, wie wir bereits oben feststellen mußten, für die Lösung der Problematik nichts her. Die verschiedene Zielsetzung von Strafrecht und Zivilrecht spricht vielmehr gegen Nipperdey. Im Strafrecht scheint mir die Lehre vom personalen Handlungswert durchaus ihre Berechtigung zu haben. Hier muß das Recht, da es um die Sozialschädlichkeit menschlichen Verhaltens geht, in der Tat primär an das Verhalten des Täters anknüpfen. So wird etwa beim Versuch eines Verbrechens, obwohl hier kein Erfolg eintritt, dennoch bestraft. Anderes gilt im Zivilrecht, in dem der Rechtsgüterschutz im Vordergrund steht und das deshalb an den Erfolg anknüpfen muß. Die Erfolgsorientierung des Zivilrechts ist wesensbedingt. Im Zivilrecht interessiert menschliches Handeln[12] nur insoweit, als es einen Erfolg in der Außenwelt hervorruft.

---

11) Bettermann NJW 57, 987; Deutsch 230; Larenz BT 403 ff.; Stoll JZ 58, 137 ff. und AcP 162, 206, 226.

12) Fischer 12 ff.; Hold v. Ferneck 386.

Das Argument Nipperdeys, man dürfe den sich ordnungsgemäß Verhaltenden nicht mit dem Vorwurf einer tatbestandsmäßigen rechtswidrigen Handlung belasten, hat für das Zivilrecht, anders als im Strafrecht, keine Beweiskraft. Im Zivilrecht wird kein Vorwurfsurteil über eine Handlung ausgesprochen, hier geht es nur um Ansprüche zwischen Parteien.

Gegen die Übernahme der Lehre vom personalen Handlungsunwert in das Zivilrecht spricht in besonderem Maße das System der absoluten Rechte, wie es dem BGB zugrunde liegt.[13] Nach ihm hat der Verletzte z.B. bei §§ 1004, 858, unabhängig davon, ob der Täter die verkehrserforderliche Sorgfalt eingehalten hat, einen Unterlassungs- bzw. Beseitigungsanspruch, soweit der Erfolg rechtswidrig ist. Auch bei § 227 II kann es nicht darauf ankommen, ob der rechtswidrige Erfolg vom Täter vorwerfbar oder nicht herbeigeführt wird. Wenn Nipperdey[14] die gegen seine Auffassung sprechenden §§ dahin auslegen will, daß hier rechtswidrig im Sinn von duldungspflichtig zu verstehen sei, so widerlegt er sich selber, indem er um der Einheit der Rechtsordnung willen bereits die Einheit in einer Rechtsdisziplin aufgeben muß.

Nipperdeys Hinweis auf die Gefährdungshaftung - auch hier schließt er sich dem BGH an - beweist nichts. Der Gesetzgeber hat die Gefährdungshaftung deshalb eingeführt, weil nach dem im BGB zugrunde liegenden System in derartigen Fällen sonst kein Schadensersatzanspruch

---

13) Larenz BT 404; Stoll JZ 58, 139.
14) Nipperdey, Karlsruher Forum 7.

gegeben wäre, unabhängig davon, ob man die Lehre Nipperdeys für das Zivilrecht anhängt oder nicht. Die ganze Beweisführung läuft insoweit, wie Wiethölter[15] richtig sagt, auf eine petitio principii hinaus.

Schließlich darf auch nicht übersehen werden, daß nach dem Wortlaut des Gesetzes in § 276 I S. 2 die Fahrlässigkeit, nicht die Rechtswidrigkeit definiert wird.[16]

Gegen Nipperdey scheint mir zu sprechen, daß, wie er insoweit richtigerweise gegen den BGH ausführt, mit der Anerkennung des Rechtfertigungsgrunds des verkehrsrichtigen Verhaltens[17] dem Fahrlässigkeitsbegriff für das Gebiet der Schuld konsequenterweise ein subjektiver Einschlag zu geben ist, will man nicht ein und das gleiche, nur mit umgekehrter Beweislast, auf der Ebene der Rechtswidrigkeit und der Schuld prüfen. Für ein subjektives Schuldelement in dem Sinn, in dem es Nipperdey bejaht, ist im Zivilrecht meiner Ansicht nach kein Platz.[18] Soweit jemand nicht in der Lage ist, den objektiv gebotenen Sorgfaltspflichten im Sinn der herkömmlichen Lehre Folge zu leisten, erscheint es

---

15) Wiethölter 11.

16) Larenz BT 404.

17) Streng genommen würde es sich beim verkehrsrichtigen Verhalten auch um keinen Rechtfertigungsgrund handeln, da es bereits an einem konstituierenden Element der Rechtswidrigkeit fehlen würde, für eine Rechtfertigung somit gar kein Platz mehr bliebe. So auch Larenz BT 403 ff., der darauf hinweist, daß es hier der Sache nach nicht um einen Rechtfertigungsgrund, sondern um den Begriff der Rechtswidrigkeit geht.

18) Wiethölter 32, 49 ff., 58.

durchaus angemessen, ihn den aus seinem Verhalten entstehenden Schaden tragen zu lassen, statt diesen dem Geschädigten aufzubürden. Das ist hier, anders als im Strafrecht, wiederum deshalb gerechtfertigt, weil die Rechtsordnung mit der Bejahung eines Schadensersatzanspruches kein Vorwurfsurteil gegenüber dem Täter ausspricht, was freilich voraussetzen würde, daß dem rechtlichen Sollen auch ein tatsächliches Können gegenüber steht. Daß das Zivilrecht mit keinem völlig objektiven Schuldbegriff auszukommen vermag, leuchtet insoweit ein, als der Gesetzgeber, der in besonderem Maße Minderjährigen Schutz zuteil werden läßt (so etwa kein Gutglaubensschutz in Bezug auf Geschäftsfähigkeit), getreu seiner eigenen Wertung auch bei Lösung der Interessenkollision Minderjähriger - Geschädigter den Minderjährigen begünstigen mußte. So erklärt sich die Verweisung des § 276 I S. 3 auf §§ 827, 828 und die Differenzierung des Fahrlässigkeitsmaßstabs nach Altersgruppen.

Wenn Nipperdey darauf hinweist, daß die andere Auffassung bei der Bestimmung des Fahrlässigkeitsmaßstabs nach Berufsgruppen unterscheidet,[19] so spricht gerade dieses Argument gegen ihn. Tatsächlich werden bei gewissen Berufsgruppen besondere Sorgfaltspflichten, die über das Übliche hinausgehen, von der herrschenden Lehre bejaht. Legt man hier die Lehre vom personalen Handlungsunwert zugrunde, so würde es in all diesen Fällen, da ein Verstoß gegen die objektiv gebotene Sorgfalt nicht vorliegt, bereits an der Rechtswidrig-

---

19) Erman-Groepper § 276, 4f; RGRK Nastelski § 276, 4c.

keit fehlen; zur Schuldprüfung käme man erst gar nicht, ein Ergebnis, das unmöglich richtig sein kann.

In gewissen Fällen, so etwa im Waffenhändlerfall, scheint die herkömmliche Auffassung mit ihrer reinen Erfolgsorientierung des Unrechts tatsächlich in Schwierigkeiten zu kommen. Das hat einen Teil[20] ihrer Anhänger dazu veranlaßt, dann auf die Handlungstheorie zurückzugreifen, wenn der Erfolg nicht unmittelbar, sondern mittelbar auf die Handlung des Täters zurückzuführen ist. So heißt es bei Larenz:[21] "Ein Erfolg ist nach unserer Auffassung nur dann als der Handlung selbst zugehörig, als für ihre objektive Beschaffenheit mitbestimmend anzusehen, wenn er ... nur sichtbar macht, was von Anfang in der Handlung gelegen war, oder doch so nahe bei der Handlung liegt, daß er mit dem Tun zusammen nach der Lebensauffassung ein untrennbares Ganzes bildet."

Diese Auffassung erscheint unkonsequent. Es geht nicht an, einmal einen erfolgsbezogenen Unrechtsbegriff, das andere Mal einen handlungsbezogenen zu vertreten. Diese Ungereimtheit gibt Anlaß zu schweren Bedenken.

Richtigerweise muß meiner Ansicht nach die Lösung dieser Fälle auf andere Art erfolgen. Dabei haben sich Larenz und seine Anhänger im Ansatz auf dem richtigen Weg befunden, indem sie zwischen unmittelbaren und mittel-

---

20) Deutsch 229 f.; Larenz BT 403 ff.; Stoll AcP 162, 206, 226.

21) Larenz BT 404.

baren Rechtsgutverletzungen unterschieden. Die Konsequenzen, die sie aus dieser im Prinzip richtigen Differenzierung zogen, sind aber abzulehnen.

Es ist im Zivilrecht wohl einhellige Meinung, daß der ihm zugrunde liegende Kausalitätsbegriff[22] - der im übrigen vornehmlich im Zusammenhang mit der haftungsausfüllenden Kausalität behandelt wird, aber auch schon für die haftungsbegründende[23] Kausalität bedeutsam wird - noch zu weit ist.[24] In unserem Waffenhändlerfall wird, obwohl hier Kausaladäquanz zu bejahen wäre, niemand verstehen, daß der Waffenhändler auch nur tatbestandsmäßig eine Tötung begangen habe. Zu prüfen ist daher, ob nicht durch die Einschränkung des zivilrechtlichen Kausalitätsbegriffs über den Rahmen adäquater Verursachung hinaus Fälle dieser Art einer befriedigenden Lösung zugeführt werden können.

Meines Erachtens ist das der Fall. Der adäquate Kausalitätsbegriff sollte bei der haftungsbegründenden Kausalität durch den der Zurechenbarkeit ersetzt werden.[25]

---

22) RGZ 133, 127; BGHZ 23, 267.

23) Esser § 60, 1b.

24) Larenz AT 156 ff.; siehe auch Lange, Verh. des 43. DJT I 59, der über den Rahmen adäquater Verursachung hinaus eine Haftungsbeschränkung durch den Schutzzweck der haftungsbegründenden Norm annimmt. Esser § 61 versucht die unbilligen Ergebnisse, zu denen die Adäquanztheorie teilweise führt, durch die Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang zu vermeiden.

25) Für die haftungsausfüllende Kausalität wird dies bereits vielfach anerkannt, so etwa von Larenz AT 156, der dort ausführt, der Schaden sei dem Verursacher dann nicht mehr zuzurechnen, wenn die Verantwortlichkeit eines dazwischentretenden Dritten in einem

Fortsetzung siehe S. 41

In bestimmten Fällen kann nach natürlicher Auffassung zwischen einer Handlung und dem von ihr adäquat verursachten Erfolg kein Zusammenhang mehr gesehen werden. Das trifft dann zu, wenn der Erfolg erst durch vielfache Einschaltung von Zwischenursachen herbeigeführt wurde, also meist in den Fällen sogenannter mittelbarer Verursachung. Die dogmatische Handhabung zur Rechtfertigung eines solchen Kausalitätsbegriffs vermag der Täterbegriff zu geben. In Fällen vorliegender Art kann der Verursacher des Erfolges nicht mehr als Täter des Delikatstatbestandes angesehen werden.

Auch bei mittelbaren Verletzungen ist die Kausalität aber dann zu bejahen, wenn den Handelnden in Bezug auf die Herbeiführung des Erfolges ein Sorgfaltsverstoß trifft. Bei der Prüfung der Tätereigenschaft des Verursachers kann nicht außer Acht gelassen werden, daß quasi durch die Brücke eines solchen Sorgfaltsverstoßes, dessen Grenzen übrigens nicht mit § 276 I S. 2 inhaltlich übereinstimmen brauchen, vielmehr weiter sind, eine engere Verbindung der Handlung zum Erfolg hergestellt wird, die es gerechtfertigt erscheinen läßt, dem Verursacher den Erfolg seines Handelns zuzurechnen. Eine Variation des Ausgangsfalles soll dies

---

25) Fortsetzung von S. 40:
Maße überwiegt, daß der Erfolg dem Dritten allein zuzurechnen sei; ähnlich auch Esser § 60, 1b. Für die haftungsbegründende Kausalität wird das Problem dagegen meist nicht gesehen und behandelt, da diese allgemein in der Diskussion über den Kausalitätsbegriff im Zivilrecht gegenüber der praktisch bedeutsameren haftungsausfüllenden Kausalität vernachlässigt wird. Im Strafrecht dagegen, in dem nur eine strafbegründende Kausalität, die Parallelfigur zur zivilrechtlichen haftungsbegründenden Kausalität, in Frage kommt, hat man das Problem bereits erkannt, so Hirsch 98.

zeigen: Der Waffenhändler weiß jetzt, daß es sich bei dem Käufer des Gewehrs um einen "schweren Jungen" handelt, dem sogar u.U. ein Mord zuzutrauen wäre. Verkauft er dennoch das Gewehr, und begeht der Käufer tatsächlich einen Mord, wird man dem Waffenhändler den Erfolg im Sinn des Tatbestands zurechnen müssen. Anders als im Ausgangsfall ist der Tatbestand eines Tötungsdeliktes gegeben, das auch rechtswidrig begangen wurde.

Daß ohne das Kriterium der Zurechenbarkeit bei der Kausalität nicht auszukommen ist, soll noch kurz an Hand des bekannten Tollkirschenfalls gezeigt werden: Jemand pflanzt eine Tollkirsche mit dem Wunsch, daß ein vorbeigehender Spaziergänger von den Früchten essen möge, was auch tatsächlich geschieht. Da es sich hier um ein Vorsatzdelikt handelt, wäre mit der Bejahung des objektiven Tatbestands einer Tötung, gleichgültig welcher Handlungslehre man anhängt, der Pflanzende wegen vorsätzlicher Tötung schadensersatzpflichtig. Jedermann ist klar, daß dieses Ergebnis nicht richtig sein kann; legt man aber bei der Prüfung der Kausalität die Adäquanzlehre zugrunde, ließe sich dieses Resultat kaum vermeiden, denn die Handlung war keineswegs nur unter ganz besonders eigenartigen, ganz unwahrscheinlichen, nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen zur Herbeiführung eines solchen Erfolgs geeignet. Hirsch,[26] der dieses

26) Hirsch 98. Die Tatsache, daß im Strafrecht ein anderer Kausalitätsbegriff als im Zivilrecht vertreten wird, spielt insoweit keine Rolle, da nach beiden Kausalitätstheorien, der äquivalenten und der adäquaten Theorie, hier die Kausalität zu bejahen wäre.

Beispiel auch behandelt, freilich von strafrechtlicher Sicht aus, meint im Prinzip das gleiche wie die hier vertretene Auffassung, wenn er hierzu ausführt, daß zum objektiven Tatbestand außer der Kausalität noch ein weiteres allgemeines Erfordernis gehöre, nämlich die ausreichend gestaltete Einwirkungsmöglichkeit auf den Eintritt des konkreten Erfolges. Eben weil diese fehlt, ist auch die Zurechenbarkeit nicht gegeben.

Als Ergebnis unserer Ausführungen muß festgestellt werden: Der Unrechtsbegriff des Zivilrechts ist erfolgsbezogen, auch in den Fällen mittelbarer Verletzung. Diese lösen sich befriedigend durch Einführung des Kausalitätsbegriffs der Zurechenbarkeit. Zurechenbar ist dem Verursacher ein Erfolg dann, wenn dieser in so nahem Zusammenhang mit dessen Handlung steht, daß er durch diese noch als, wenn auch in weitestem Sinne, gesteuert werden kann.

§ 8 Muß die EW dem Täter bekannt sein?

Diese Frage wird oft mit dem parallel gelagerten Problem vermengt,[1] ob bezüglich der EW der Willensrichtungs- oder Willenserklärungstheorie zu folgen ist. Beide Fragen müssen aber voneinander getrennt werden. Es kann sehr wohl sein, daß man eine Erklärung der EW, sei sie ausdrücklich oder stillschweigend, zu ihrer

---

1) Diehl 79; Engisch 37 A 79; Heilborn 172.

Gültigkeit verlangt, die Kenntnis des Täters von der EW aber dennoch nicht für erforderlich hält.[2]

Ehe man zum Streit Willensrichtungs- oder Willenserklärungstheorie Stellung nimmt, muß zunächst untersucht werden, ob dem Täter die EW bekannt sein muß. Bejaht man nämlich letzteres, so wäre dies ein starkes Indiz für die Willenserklärungstheorie,[3] da der Täter die notwendige Kenntnis von der EW im allgemeinen nur durch die Erklärung des Verletzten erlangen kann.

Bei der Erörterung unserer Fragestellung liegt es nahe, den oben herausgearbeiteten Unrechtsbegriff des Zivilrechts nutzbar zu machen, zumal dies der einzige positive Anhaltspunkt ist, den uns unsere Untersuchung bisher geliefert hat. Wie wir feststellen konnten, ist das zivilrechtliche Unrecht Erfolgsunrecht. Die EW muß daher die Voraussetzungen erfüllen, die notwendig sind, um einer Tat das ihr innewohnende Erfolgsunrecht zu nehmen. Das Erfolgsunrecht der Tat wird aber bereits durch das Vorliegen einer EW, unabhängig davon, ob sie dem Täter bekannt ist, beseitigt.[4]

---

2) Traeger 136.

3) Gerland 506; Schrey 9.

4) Aus diesem Grund sind auch subjektive Rechtfertigungselemente, wie sie im Strafrecht zunehmend anerkannt werden, im Zivilrecht Fremdkörper. Deshalb dürfte gegen die h.L. (Erman-Hefermehl § 227, 4;Fischer 138;Soergel-Siebert A 3 und RGRK-Johannsen A 7 zu einer rechtfertigenden Notwehr kein Verteidigungswille erforderlich, so auch früher Kohler BR I 208, 209. Daß es zweifellos auch im BGB gewisse subjektive Unrechtselemente gibt, steht dem nicht entgegen. Es handelt sich bei ihnen um Ausnahmen. Der in diesem Zusammenhang viel zitierte § 826 erklärt sich daraus, daß das Recht seinem Wesen nach ein ethisches Minimum verwirklichen will (so Jellinek G., zitiert bei Radbruch, Rechtsphilosophie 138).

Anderes gilt wiederum im Strafrecht, in dem auf Grund des hier maßgebenden Handlungsunrechts, das nur bei Kenntnis des Täters von der EW nicht vorhanden ist, der Täter die EW kennen muß.

Dieses Ergebnis bestätigt uns noch eine andere Überlegung, die im übrigen in besonderem Maße geeignet ist, die gebotene Differenzierung des Unrechtsbegriffs im Zivilrecht und Strafrecht zu beweisen.

Wesen des Rechts ist der Schutz menschlicher Interessen. Das Unrecht wird durch die Verletzung dieser Interessen gekennzeichnet.[5] Unter dem Interesse ist hierbei die psychische Beziehung einer Person zu dem geschützten Gegenstand zu verstehen. Der Interessenschutz wird von dem Gesetzgeber durch Normen bewirkt. Diesen Normen muß, da sie eine allgemeine Regelung sein wollen, ein abstraktes Interesse zugrunde liegen. Im konkreten Fall braucht das Interesse des Geschützten mit dem abstrakten Interesse nicht übereinzustimmen. Soll auch in solchen Fällen der Schutz der Normen eingreifen? Das muß zumindest zweifelhaft sein. Ein "Interessenschutz" gegen den Willen des "Interessenten" ist ein Widerspruch in sich. Keßler[6] drückt dies überspitzt dahin aus: "Ein wider den ausdrücklichen Willen des Interessenten ihm aufgenötigtes Gut, würde aufhören ein Gut zu sein und zu einer Last werden."

Im Zivilrecht steht, von Ausnahmen abgesehen, etwa den Tötungsdelikten das Interesse des einzelnen bei den je-

---

5) Keßler bes. 33, 55; ihm weitgehend folgend Mezger 248.
6) Keßler 51.

weiligen Delikatstatbeständen im Vordergrund. Dieses Interesse wird bereits durch die EW aufgehoben. Die Kenntnis des Täters von der EW ist hierfür ohne Belang. Anderes gilt im Strafrecht. Hier werden primär öffentliche Interessen geschützt, namentlich die allgemeine Rechtssicherheit. Durch die EW des Verletzten wird, soweit sie dem Täter nicht bekannt, zwar das private Interesse des einzelnen, nicht aber das öffentliche Interesse aufgehoben, da sich der Täter auch hier willentlich gegen die Rechtsordnung aufgelehnt hat.

Zusammenfassend kann daher festgestellt werden, daß im Zivilrecht die EW auch dann wirksam ist, wenn sie dem Täter nicht bekannt ist.[7] [8] [9]

---

7) So im Zivilrecht auch Boehmer MDR 59, 705; Manigk 509. Im übrigen wird zu dem Problem nicht weiter Stellung genommen. Die Anhänger der Rechtsgeschäftstheorie müssen den Zugang der EW an den Täter bereits als genügend ansehen (§ 130 BGB), wodurch praktisch meist Kenntnis des Täters von der EW gegeben sein wird.

8) Im Strafrecht mit Recht für Kenntnis des Täters: Geerds 73; Herkert 105; Maurach 238; Mattern 43; Niese 18; Noll 134; Renner 47; Thiemann 47; Diehl 83; Welzel 88; a.A. Baumann 288; Mezger LK 10c vor § 51; Schönke-Schröder III 7b vor § 51 verlangt zwar Kenntnis des Täters, will aber bei Nichtkenntnis dennoch nur wegen Versuches bestrafen, da sich der Täter ja objektiv der Rechtsordnung gemäß verhalten habe. Diese Auffassung beruht meiner Ansicht nach auf einer Verkennung des Schutzobjekts der strafrechtlichen Tatbestände. Bei diesen werden, wie wir sehen konnten, primär das öffentliche Interesse, nur sekundär private Interessen geschützt.
Keine allgemeine Stellung zu dem Problem geben zu können glaubt Honig 153, es käme ganz auf das Einzeldelikt an.

9) Mezger (280) und ihm folgend Schrey (59) verlangen zwar nicht die Kenntnis des Täters von der EW des

Fortsetzung siehe S. 47

§ 9 Willensrichtungs- oder Willenserklärungstheorie

Unter diesem Stichwort verbirgt sich der bekannte Streit, ob die EW nach außen hin verlautbar werden muß, oder ob eine rein innerliche EW genügt.

---

9) Fortsetzung von S. 46:
Verletzten, sie bejahen aber ein subjektives Rechtfertigungselement der EW insoweit, als sie diese nur dann für wirksam halten, wenn der Täter nicht in Schädigungsabsicht handelte. Gegen diese Ansicht sprechen die gleichen Bedenken wie gegen die Annahme, der Täter müsse die EW kennen. Selbst wenn man aber die Lehre vom personalen Handlungsunwert als auch für das Zivilrecht maßgebend ansehen würde, könnte dieser Meinung nicht gefolgt werden (so auch Diehl 87 ff.). Sie verkennt die objektive Natur des Unwerturteils. Die Motive, die zu einer Handlung führen, sind, soweit sie nicht irgendwie in der Handlung ihren Ausdruck gefunden haben, für die rechtliche Bewertung der Handlung ohne Bedeutung. Das Recht verlangt nur Gehorsam gegenüber den Normen. Das "Warum" interessiert anders als in der Ethik nicht. Die Begründung, die Mezger für seine Lehre gibt, nämlich, daß sich die EW sowohl auf ein äußeres Tun, wie auch auf eine bestimmte innere Willensrichtung des Handelnden beziehen müsse, ist zudem jedenfalls sicher unrichtig, wenn man, wie Mezger es tut, unter subjektiver Willensrichtung das Motiv des Täters versteht. Dieses wird nur in den allerseltensten Fällen beim Täter und Verletzten übereinstimmen.
Die Fälle, an die Mezger und Schrey in diesem Zusammenhang denken, sind im übrigen solche, bei denen die EW erschlichen ist. Diese Fälle lassen sich aber, wie wir unten noch sehen werden, auch auf andere dogmatisch einwandfreie Weise einer befriedigenden Lösung zuführen. Eine durch Täuschung hervorgerufene EW ist nämlich stets nichtig.

Die herrschende Lehre im Zivilrecht[1] und im Strafrecht[2] vertritt die Willenserklärungstheorie. Dabei nimmt sie an, daß eine ausdrückliche Erklärung der EW ein konkludentes Handeln des Einwilligenden gleichsteht. Die Gründe, die sie für das Erfordernis einer Verlautbarung der EW anführt, sind im wesentlichen die folgenden: Teilweise wird das Erfordernis einer EW-Erklärung bereits aus dem Sprachgebrauch abgeleitet.[3] Unter einer EW verstehe man nur das ausdrücklich Erklärte, ein nur innerer Wille könne keine EW sein. Das Recht knüpfe seine Normen nur an einen in der Außenwelt verwirklichten Willen an, nie dagegen an einen rein internen Vorgang. Ein solcher sei rechtlich bedeutungslos: "Gedanken sind zollfrei."[4] Die Willensrichtungstheorie würde zu unübersehbaren Beweisschwierigkeiten führen.[5] Sie sei mit der erforderlichen

---

1) Erman § 823, 10c; BGH NJW 61, 2302; und die ganze h.L., insbesondere die Anhänger der Rechtsgeschäftstheorie, siehe § 5 A 2; a.A. Boehmer MDR 59, 705.

2) Baumann 282; Engisch 37; Geerds 70; Maurach 238; Mattern 42; Keßler 100; Herkert 105; Schönke-Schröder vor § 51 A 36; Thiemann 47; Traeger 136. A.A. Holer 72; Mezger 10c, aa vor § 51; wohl auch Noll 134; Schlosky 19; Sauer LB 136; KG JR 54, 428. Klee GA 49, 274 fordert, daß je erheblicher der Eingriff, in den eingewilligt wird, umso höhere Anforderungen an die äußere Erkennbarkeit zu stellen seien.

3) Honig 139.

4) Keßler GS 38, 568; so auch schon im römischen Recht: Cogitationis poenam nemo patitur (L 18 D. 48. 19).

5) Mahling 60; Traeger 136.

Rechtsklarheit unvereinbar.[6] Vor allem würde die Willensrichtungstheorie dem Verletzten ein dem Mißbrauch stark ausgesetztes Begnadigungsrecht einräumen.[7]

Diese Argumente erweisen sich bei näherer Prüfung als nicht stichhaltig. Was den Versuch anbetrifft, aus dem Sprachgebrauch heraus zu einer Lösung des Problems zu kommen, bestehen von Anfang an schwere Bedenken. Die EW ist im Zivilrecht gesetzlich gar nicht erwähnt. Überdies kann der herrschenden Lehre keineswegs gefolgt werden, wenn sie annimmt, von einer EW könne nur bei einer Verlautbarung derselben gesprochen werden. Bezeichnenderweise berufen sich auch mehrfache Anhänger der Willensrichtungstheorie zur Belegung ihrer Auffassung auf den Sprachgebrauch.[8] Es drängt sich auch unwillkürlich die Frage auf, welche Bezeichnung die Anhänger der Willenserklärungstheorie für eine nur innere EW für zutreffend halten.

Daß das Recht seine Folgen vornehmlich an äußere Handlungen knüpft, kann nicht geleugnet werden, ebensowenig aber, daß durchaus auch rein innere Tatsachen für sich allein rechtlich bedeutsam werden können, und zwar gerade auch im Zivilrecht. Eltzbacher[9] hat überzeugend nachgewiesen, daß es im bürgerlichen Recht zahlreiche Fälle gibt, in denen ein rein seelisches Verhalten rechtswirksam wird. "Ebenso wie die Rechtsordnung aus einer Handlung die zu ihr gehörige äußere Tatsache herausnehmen, nur an sie die Rechtsfolge anknüpfen und die

---

6) Engisch 37.
7) v. Bar 63.
8) Brendel 5; Mannheimer 26; Schrey 16.
9) Eltzbacher 234 ff.

gleichfalls zu ihr gehörige Tatsache unbeachtet lassen kann, ..., ebenso ist auch das Umgekehrte möglich. Eine Rechtsordnung kann eine Rechtsfolge lediglich an den zu einer Handlung gehörigen Willen knüpfen, ohne Rücksicht auf die äußeren Tatsachen, in denen er sich bestätigt."[10] So ist etwa ein rechtswirksames bloßes Wollen der Wille des Anweisungsempfängers, die Anweisung nicht geltend zu machen (§ 789 BGB).[11] Gegen den Satz: "Gedanken sind zollfrei" führt Eltzbacher[12] zutreffend aus, daß er doch nur bedeute, daß es keine Rechtspflicht zu einem rein inneren Verhalten gibt, daß ein solches also auch nicht gegen eine Rechtspflicht verstoßen kann.

Zweifellos führt die hier vertretene Auffassung zu gewissen Beweisschwierigkeiten. Führt man dieses Argument aber in die Erörterung der Problematik ein, so vermengt man unzulässigerweise Rechts- und Beweisfrage.[13] Das Argument von Bars, durch die Willensrichtungstheorie würde dem Verletzten ein dem Mißbrauch stark ausgesetztes Begnadigungsrecht eingeräumt, ist zwar für das Strafrecht nicht von der Hand zu weisen, für das Gebiet des bürgerlichen Rechtes hat es naturgemäß keine Berechtigung. Hier bestehen keinerlei rechtspolitische Bedenken gegen die Willensrichtungstheorie. Schließlich ist es dem Verletzten ohnehin anheimgestellt, seinen Schadensersatzanspruch nicht gel-

---

10) Eltzbacher 245.
11) Eltzbacher 245 mit weiteren Beispielen 245.
12) Eltzbacher 233 ff.
13) Mezger GS 89, 278; Schrey 17.

tend zu machen. Auch kann er mit dem Täter einen Erlaßvertrag abschließen und hierdurch eine aus § 823 BGB bestehende Haftung beseitigen.

Hält man sich vor Augen, daß die EW dem Täter nicht bekannt sein braucht und wurde oben der Beweisgesichtspunkt zurückgewiesen, so läßt sich nicht einsehen, welches Erfordernis für eine Verlautbarung der EW sprechen soll. Weshalb soll die Tat gerechtfertigt sein, wenn der Eigentümer einer in München befindlichen Sache einem Nachbarn in Hamburg gesprächsweise erklärt, er sei mit der Zerstörung "dieser alten Klamotte" durch den X einverstanden, nicht aber dann, wenn der Eigentümer auch diesen Willen hatte, das Gespräch mit dem Nachbarn jetzt aber nicht stattfand. Wenn man zur Widerlegung dieser Auffassung auf die im Gesetz in § 959 geregelte Derelektion hinweist, bei der eine Erklärung nach außen verlangt werde, so übersieht man, daß hier eine Verlautbarung insoweit sinnvoll ist, als die Herrenlosigkeit der Sache jedermann gegenüber eintritt, anders liegt der Fall aber bei der EW, die nur im Hinblick auf die Tat eines bestimmten Täters gegeben wird, daher nur diesem gegenüber rechtlich bedeutsam wird.

Soweit die EW zu Eingriffen in persönliche Rechtsgüter, wie etwa die körperliche Integrität, gegeben wird, kommt hinzu, daß es sich hier um keine Gegenstände des rechtsgeschäftlichen Verkehrs handelt, bei dem sich das Recht allerdings aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit schon eher am äußeren Verhalten orientieren muß.

Auch ohne Erklärung der EW kann das Interesse des Täters hinreichend geschützt werden. Soweit er das Verhalten des Verletzten ohne Verschulden dahin auslegen konnte, daß dieser in die Verletzung eingewilligt habe, trifft ihn mangels Verschuldens keine Schadensersatzverpflichtung.[14)]

Nicht übersehen werden darf, daß auch die Willenserklärungstheorie nicht ohne Rückgriff auf den inneren Willen auskommt. Die heute herrschende Lehre läßt bei einem Irrtum der in § 119 behandelten Art die EW auch ohne Anfechtung unwirksam sein. Bedenkt man dies, so ist schwer einzusehen, warum sie den Umweg über die äußere Erklärung geht und nicht gleich allgemein auf den Willen des Verletzten abstellt.

Ganz entscheidend gegen die Willenserklärungstheorie dürfte aber sprechen, daß, wie wir oben bereits sahen, durch das Recht Interessen geschützt werden, soweit der Verletzte aber innerlich einwilligt, ein zu schützendes Interesse gar nicht mehr vorhanden ist. Mezger formuliert dies zutreffend dahin: "Wie das Interesse durch die Willensrichtung des Interessenträgers geschaffen und in Wirksamkeit, so wird es auch durch dessen Willensrichtung außer Wirksamkeit gesetzt."

Zusammenfassend muß also gesagt werden: Gegen die im Zivilrecht ganz herrschende Lehre muß daran festgehal-

---

14) So die im Zivilrecht herrschende Vorsatztheorie, etwa Larenz AT 212. Auch die eingeschränkte Schuldtheorie kommt hier mit ihrer Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen zum gleichen Ergebnis, so BGHSt 3, 105.

ten werden, daß zur Wirksamkeit einer EW ihre äußere Verlautbarung nicht erforderlich ist.

§ 10 Der Gegenstand der EW

Auch hier handelt es sich um eine sehr umstrittene Materie. Im wesentlichen stehen sich 3 Meinungen gegenüber. Die 1. Meinung will die EW auf die Handlung[1] beziehen, die 2. Meinung auf den Erfolg[2] und wiederum eine andere sieht Handlung und Erfolg[3] als Gegenstand der EW an.

Keßler[4] behauptete zuerst, daß sich die EW nur auf die Handlung zu beziehen brauche. Er will dies durch folgendes Beispiel beweisen: A gestattet dem B, auf eine dem A gehörige Sache zu schießen, wobei er mit diesem wettet, daß B nicht treffen werde. Hier wolle A zwar die Handlung des B, nicht aber den Erfolg. Trotzdem liege unzweifelhaft eine EW vor.

Gegen die Erfolgstheorie spreche, daß es für den Ausschluß des Interesses als notwendig angesehen werden

---

1) Im Strafrecht: Engisch 38; Bechthold 163; Geilen 35; Keßler 26; Mattern 48; Mezger 279; unklar aber im StB. AT 112; Schrey 51.

2) Im Strafrecht: Gerland 492; Holer 74; Heilborn 178 f.; Klee GA 49, 247 f.

3) Im Zivilrecht: Palandt-Gramm § 823 7 B f.; RGRK-Haagen A 39; Soergel-Siebert-Schräder A 76; Zitelmann 70.
Im Strafrecht: Creifelds 67; Geerds 56; Honig 171; Mahling 53; Noll 121; Schlosky 20; Traeger 140.

4) Keßler 19.

müsse, daß dieses nur im Hinblick auf ein bestimmtes Etwas erfolgt, dessen Eintritt im Augenblick des Ausschlusses in keiner Beziehung ungewiß sei.[5] Der Erfolg sei jedoch im Gegensatz zur Handlung ungewiß. Ähnlich heißt es bei Mezger:[6] "Es ist aber einer der grundlegenden Sätze der Rechtfertigungslehre, daß das Recht oder Unrecht einer Tat im Augenblick der Tat feststehen muß und nicht erst nachträglich entschieden werden kann. Daher kann sich die EW als Unrechtsausschließungsgrund immer nur auf die Handlung als solche, nicht auf die Handlung in Verbindung mit ihrem weitergehenden "Erfolg" beziehen."

Die Erfolgstheorie könne im übrigen nicht die Möglichkeit einer EW bei Fahrlässigkeitsdelikten erklären.[7] Bei diesen habe der Verletzer die Folgen seines Handelns nicht gewollt, wohl aber der Verletzte. Da insoweit der Wille von Täter und Verletztem auf etwas anderes gerichtet sei, könne, wenn man den Erfolg als Gegenstand der EW betrachte, von einer EW keine Rede sein.[8]

---

5) Schrey 51.

6) Mezger 279.

7) Bechthold 164, widersprüchlich aber 161. Die "Beweisführung" Bechtholds läuft im übrigen auf eine einzige petitio principii hinaus (siehe vor allem 163). Ähnlicher Auffassung wie Bechthold auch Mezger 279; Schrey 52.

8) Tatsächlich glaubt ein Teil der Anhänger der Erfolgstheorie, so Holer 80 und Haefliger 100, aus diesem Grund die Möglichkeit einer EW bei den Fahrlässigkeitsdelikten leugnen zu müssen. M.A. nach geht eine solche "Interpretation" von Rechtsbegriffen nicht an. Man kann das Wort EW nicht als Ein-Willigung lesen. Das ist keine Auslegung, sondern eine Sektion, die in der Rechtswissenschaft nichts zu suchen hat. Gegen diese Auffassung spricht entscheidend folgende Über-

Fortsetzung siehe S. 55

Teilweise wird auch die Auffassung vertreten, eine EW in einen Erfolg sei begrifflich gar nicht möglich. Es sei undenkbar, daß der Begriff der EW auf äußere Sachverhalte angewandt werde, denn dann müßte auch eine EW in Naturereignisse, zum Beispiel einen Blitzschlag, angenommen werden können, da es einem Ereignis nicht anzusehen sei, ob es durch einen menschlichen Willen ausgelöst sei oder nicht. Niemand würde aber daran denken, in solchen Fällen von einer EW zu sprechen.[9)]

Einige Autoren halten den Streit zwischen Erfolgs- und Handlungstheorie für müßig.[10)] Es sei nur soviel vorauszusetzen, daß der Erfolg bei Erteilung der Genehmigung jedenfalls schon voraussehbar und, sei es unbedingt, sei es möglicherweise, zu erwarten war. Teilweise wird auch dahin argumentiert, wer die Ursache wolle, wolle auch die nach der Erfahrung des täglichen Lebens voraussehbare Wirkung.[11)]

---

8) Fortsetzung von S. 54:
legung: Den Grund für die rechtfertigende Wirkung der EW sahen wir darin, daß durch sie das geschützte Interesse wegfällt. Hierfür ist es aber ohne Belang, ob der Angriff auf das dem Interesse zugrundeliegende Rechtsgut vorsätzlich oder fahrlässig geführt wurde. Es liegt hier sogar ein argumentum a maiore ad minus auf der Hand. Wenn schon bei vorsätzlichen Delikten die EW rechtfertigt, obwohl sich bei ihnen der Täter wissentlich gegen die Rechtsordnung aufgelehnt hat, so liegt es um so näher, daß sie bei einem nur fahrlässigen Rechtsverstoß erst recht die Rechtswidrigkeit beseitigt.

9) Bechthold 164.

10) Kiehl 371.

11) Klee GA 49, 248; Mahling 53; a.A. mit Recht Stoll 261, 306.

Eine Antwort auf das strittige Problem kann nur aus dem Wesen der EW gewonnen werden. Wie wir sahen, ist dieses dadurch gekennzeichnet, daß der Einwilligende das durch die betreffende Norm geschützte Interesse preisgibt, daß er auf Rechtsschutz verzichtet. Da es sich bei dem geschützten Interesse um nichts anderes als um die psychische Beziehung des Verletzten zum Objekt der Tat handelt, an dem der Täter den Erfolg bewirkt, leuchtet ein, daß der Verletzte den herbeigeführten Erfolg vorher gebilligt haben muß, da nur dann von einer Preisgabe seines Interesses die Rede sein kann.

Ähnliches meinen die Vertreter der Erfolgstheorie, wenn sie erklären, daß, nachdem bei den Erfolgsdelikten erst Handlung und Erfolg zusammen den Tatbestand erfüllen, sich die EW keineswegs nur auf die Handlung, sondern jedenfalls auch auf den Erfolg zu beziehen habe.[12)]

Haben wir somit festgestellt, daß die EW erst dann wirksam ist, wenn der Verletzte in den Erfolg eingewilligt hat, so stellt sich die Frage, wann in concreto von einer solchen EW in den Erfolg gesprochen werden kann. Kann bereits dann das Vorhandensein einer EW angenommen werden, wenn die Handlung nach den Erfahrungen des täglichen Lebens zur Herbeiführung des später eingetretenen Erfolgs geeignet war? Liegt bei einem Fußballspiel, bei dem unter Umständen auch schwerere Verletzungen vorkommen können, allein aus dieser Tatsache heraus bereits eine EW der Spieler in diese vor?

---

12) Geerds 56; Honig 173.

Richtiger Ansicht nach kann von einer EW nicht schon dann gesprochen werden, wenn der Verletzte die Herbeiführung des Erfolges für möglich ansieht; er muß diesen darüber hinaus billigen, das Risiko bewußt in Kauf nehmen, auch auf die Gefahr seiner Verwirklichung hin. Einer Billigung steht dabei nicht entgegen, daß der Erfolg dem Verletzten unter Umständen unerwünscht ist. Der Boxer wird durchaus nicht wünschen, von seinem Gegner getroffen zu werden; trotzdem kann am Vorliegen seiner EW kein Zweifel bestehen. Die Parallele zum bedingten Vorsatz liegt bezüglich der EW auf der Hand;[13] auch hier braucht der Täter den Erfolg nicht zu wünschen, es genügt, wenn er ihn voraussieht und seine Handlung selbst für den Fall will, daß der Erfolg tatsächlich eintritt.[14] Hält man sich dies vor Augen, so erledigt sich Keßlers Argumentation insoweit bereits von selbst; er begeht bei seinem Beispiel den Fehler, daß er für die EW ein Herbeiwünschen des Erfolgs verlangt, an dem es bei der Wette aber sicher fehlen wird.[15] Eine EW in dem Sinn, wie sie hier als ausreichend erachtet wird, liegt aber sicher vor.[16]

---

13) So früher schon Kronecker GS 35, 201; ähnlich neuerdings Geilen 36. Er unterliegt hierbei allerdings dem Fehler, bei Fahrlässigkeitsdelikten bezüglich der EW eine Parallele zur Fahrlässigkeit zu ziehen, mit dem Erfolg, daß er hier für die EW eine bloße Risikogestattung bereits als ausreichend hält. Siehe dazu unten!

14) Geerds 55; Mahling 51; Noll 120; Renner 48; ähnlich auch BGHSt 4, 44; a.A. E.Schmidt JZ 54, 372; Flume JZ 61, 605. Gegen Schmidt Hartung NJW 54, 1225, 26, der allerdings wieder zu weit geht.

15) Holer 77; Traeger 141.

16) Ein bloßes Geschehenlassen genügt dagegen nie für die Annahme einer EW, so mit Recht Bechthold 161; Honig 148.

Aus der oben angedeuteten Parallele zum Vorsatzbegriff darf allerdings nicht geschlossen werden, daß bei Fahrlässigkeitsdelikten bezüglich des Gegenstands der EW etwas anderes zu gelten habe, etwa in dem Sinn, daß der Verletzte in den Erfolg "fahrlässig einwilligen" könne.[17] Nachdem oben der Grund für die rechtfertigende Wirkung der EW bei Vorsatz und Fahrlässigkeit einheitlich angegeben wurde, muß die Antwort für beide Arten von Delikten ebenso gleich ausfallen. Würde man für die Fahrlässigkeitsdelikte die Voraussehbarkeit des Erfolgs durch den Verletzten, ohne dessen Billigung, als ausreichend erachten, so würde man auf dem Gebiet der Rechtswidrigkeit unzulässigerweise eine Schuldaufrechnung vornehmen, für die im Zivilrecht auf der Ebene der Rechtswidrigkeit kein Platz ist, die vielmehr nur im Rahmen des § 254 BGB bedeutsam werden kann.

Dem von den Vertretern der Handlungstheorie angeführten Argument, die EW müsse sich auf ein bestimmtes Etwas beziehen, dessen Eintritt im Zeitpunkt der Erteilung der EW in keiner Beziehung ungewiß sei, kommt keine Beweiskraft zu. Es handelt sich hier um eine unbeweisbare Behauptung, für die sich keinerlei Begründung geben läßt.

Unabhängig davon, ob der Erfolg tatsächlich eintritt, ist die Tat bei EW gerechtfertigt.[18] Das ergibt sich

---

17) So aber Geilen 36. Geilens Auffassung scheint mir im übrigen auch auf einer nicht genügend scharfen Trennung zwischen dem strafrechtlichen "Rechtfertigungsgrund" des erlaubten Risikos und der EW zu beruhen. Siehe dazu 125 ff.

18) Traeger 142.

daraus, daß, soweit die EW in den Erfolg erteilt wird, die Tat erst recht dann rechtmäßig sein muß, wenn der Erfolg nicht einmal verwirklicht wird. Eine Handlung, die zu keinem Erfolg führt, ist für das Zivilrecht sowieso uninteressant, da dieses nur an die Herbeiführung von Erfolgen menschlichen Handelns anknüpft. Die hier vertretene Auffassung wird daher entgegen der Argumentation der Handlungstheorie in gleichem Maße wie diese der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit gerecht, da von Anfang an feststeht, daß die Tat gerechtfertigt ist, soweit sie in ihren Folgen nicht über das hinausgeht, in das der Verletzte eingewilligt hat.

Soweit die Tat allerdings tatsächlich weitergehende Erfolge als die durch die EW gedeckten zeitigt, kann unter Umständen (nämlich dann, wenn der Erfolg zeitlich erst später als die Handlung eintritt) sich erst nach der Handlung herausstellen, ob diese rechtswidrig war oder nicht. Wenn Mezger hieraus ein Argument gegen die Erfolgstheorie ableiten möchte, so ist dem nicht zu folgen. Daß sich die Rechtswidrigkeit einer Handlung unter Umständen erst später herausstellt, ist keineswegs eine Ausnahme in unserem Recht.[19] Bei Fahrlässigkeitsdelikten entscheidet sich immer erst nachträglich, ob die Handlung rechtswidrig oder rechtmäßig war, je nachdem, ob die Handlung einen tatbestandsmäßigen Erfolg hervorrief oder nicht.[20]

---

19) Noll 121.
20) Noll 121; Traeger 142.

Daß die Erfolgstheorie auch bei Fahrlässigkeitsdelikten die rechtfertigende Wirkung der EW zu erklären vermag, wurde bereits ausgeführt.[21]

Bezeichnenderweise kommt auch ein Großteil der Vertreter der Handlungstheorie nicht mit einem alleinigen Bezug der EW auf die Handlung aus,[22] sondern verlangt zusätzlich die Kenntnis des Täters von der Möglichkeit eines Erfolgseintritts, aus der richtigen Erkenntnis heraus, daß eine reine Handlungsbezogenheit der EW zu praktisch unmöglichen Ergebnissen führen müßte. Die extreme Handlungstheorie, die die EW in die Handlung als genügend ansieht, muß aus der Tatsache, daß sich eine Frau zum Geschlechtsverkehr mit einem Mann bereiterklärt hat, auch die EW in eine durch diesen verursachte Ansteckung einer Geschlechtskrankheit annehmen, auch wenn die Frau vorher von dieser gar nichts wußte.[23] Daß hier eine EW vorliegen soll, wird man niemand klar zu machen vermögen; führt man aber die Handlungstheorie konsequent durch, so läßt sich dieses Ergebnis nicht vermeiden.

Das weitere Argument, das die Vertreter der Handlungstheorie für ihre Meinung anführen, nämlich, daß der Begriff der EW auf äußere Sachverhalte wie einen Erfolg nicht anwendbar sei, steht beweislos da; im Gegenteil, im Sprachgebrauch wird normalerweise die EW auch auf den Erfolg bezogen.[24]

---

21) Mahling 70.
22) Bechthold 166; Geilen 36.
23) Palandt § 823, 7 B f.; RGRK (A 29).
24) Holer 75; ähnlich Gerland 492.

Daß der Streit zwischen Handlungs- und Erfolgstheorie nicht müßig ist, wurde bereits oben anhand von Beispielen gezeigt. Die gegenteilige Auffassung beruht meiner Ansicht nach auf einer ungerechtfertigten Identifizierung von EW in ein Risiko und EW in eine Verletzung.[25] Dieses Argument muß sich besonders die eingeschränkte Handlungstheorie, die wenigstens eine Voraussehbarkeit des Erfolgs verlangt, entgegenhalten lassen.

Müssen wir somit feststellen, daß sich die EW auch auf den Erfolg bezieht, so kann es meiner Ansicht nach nicht zweifelhaft sein, daß sie sich auch auf die Handlung beziehen muß. Dem Verletzten ist es keineswegs gleichgültig, wie der Erfolg herbeigeführt wird. "Der Kranke, der den Arzt um sanfte Tötung durch Morphium bittet, will nicht durch Arsenik getötet werden."[26] Nur für den Fall einer bestimmten Erfolgsherbeiführung gibt der Verletzte sein Interesse preis. Daß man die EW auch auf die Handlung beziehen muß, ergibt sich im übrigen auch aus der Konkretisierungsbedürftigkeit der EW.[27]

---

25) Richtig Stoll 261 und 306.

26) v. Bar 62; Honig 174.

27) Honig 155 f.; Zitelmann 62; zu weit gehend m.A. nach aber Firnhaber 78; der etwa bei Miete oder Pacht Beschädigungen der vermieteten bzw. verpachteten Sache deshalb nicht durch EW gerechtfertigt sein lassen will, weil der Vermieter seine EW nicht jeweils zu einer ganz bestimmten Verletzung gegeben habe. Hier kann sehr wohl eine EW vorliegen. Die Tat ist aber in der Regel bereits durch den Vertrag gerechtfertigt (so auch Honig 150; anders Zitelmann 46 f.). Richtigerweise muß m.A. nach bei der Konkretisierungsbedürftigkeit der EW dahinge-

Fortsetzung siehe S. 62

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß sich die EW auf Handlung und Erfolg beziehen muß; hinsichtlich des Erfolgseintritts muß eine Billigung vorliegen. Letzteres führt zu durchaus anerkennenswerten praktischen Ergebnissen. Von einem bestimmten Wahrscheinlichkeitsgrad an, abgestuft nach der Schwere des Verletzungserfolgs, kann man eine Billigung des Erfolgs durch den Verletzten annehmen; soweit es an einer solchen dennoch fehlt, etwa, weil der Verletzte den Erfolg zwar voraussah, leichtsinnigerweise aber darauf vertraute, dieser werde nicht eintreten, wird sich der Täter im allgemeinen in einem entschuldbaren Verbotsirrtum befinden, so daß seinem Tun, wenn auch nicht die Rechtswidrigkeit, so doch die Schuld fehlt. Wußte der Täter aber, daß sich der Verletzte nur auf sein Glück verließ, und den Erfolg nicht wollte, so ist es durchaus gerecht, jenem ein Verschulden vorzuwerfen und ihn prinzipiell schadensersatzpflichtig zu machen. Der Schadensersatzanspruch kann aber unter Umständen aus dem Gesichtspunkt des Mitverschuldens gemindert oder gar nicht gegeben sein.[28) 29)]

---

27) Fortsetzung von S. 61:
hend differenziert werden: Je persönlich das in Frage stehende Rechtsgut ist, um so mehr bedarf die EW der Konkretisierung. Bei Vermögensrechten sind dagegen nur geringe Anforderungen hinsichtlich der Konkretisierungsbedürftigkeit zu stellen. Ferner muß auch bei den gleichen Rechtsgütern nach der Schwere des Eingriffs unterschieden werden. Je schwerer der Eingriff, desto größer die Konkretisierungsbedürftigkeit. Gegen die Konkretisierungsbedürftigkeit überhaupt zu Unrecht Holer 98.

28) In Betracht kommt auch ein Ausschluß der Schuld durch erlaubtes Risiko. Siehe hierzu Stoll 283 und § 19 dieser Arbeit.

29) Zum Mitverschulden siehe BGH JZ 61, 603 ff.

§ 11 Der Einfluß von Willensmängeln auf die Wirksamkeit der EW

Die heute herrschende Lehre geht dahin, daß gewisse Willensmängel zur Unwirksamkeit der EW führen.

Die Vertreter der Rechtsgeschäftstheorie wenden dabei die §§ 119 ff. direkt auf die EW an, so daß die nachträgliche Anfechtung die EW gemäß § 142 BGB ihre Unwirksamkeit bewirkt.[1] Überwiegend wird jedoch angenommen, daß eine an Willensmängeln leidende EW, unabhängig von ihrer Anfechtung, unwirksam ist.[2]

---

1) Fischer 274; Flad 19; Zitelmann 62 und alle anderen Anhänger der Rechtsgeschäftstheorie.

2) Im Zivilrecht: Geerds 234; RGRK-Haager § 823 A 39; BGHZ NJW 64, 1177 (78).
Im Strafrecht: Baumann LB 285, Geerds 58 u.234; Mezger AT 280, Traeger 147.

Demgegenüber geht eine Mindermeinung dahin, daß auch eine mit Willensmängeln behaftete EW wirksam sei.[3] Das Recht schaue nur auf das Resultat, nur darauf, ob der Täter das Objekt nicht mehr geschützt haben wolle. Das Warum sei ihm gleichgültig.

Dieser Meinung ist für den Fall einer durch Täuschung oder Drohung herbeigeführten EW sicher nicht zuzustimmen. Hier kann von einer Interessenpreisgabe keine Rede sein. Der Verletzte fügt sich nur der Drohung eines anderen, bzw. läßt sich durch diesen täuschen. Die EW entspricht nicht seinem wahren Willen. Die andere Auffassung würde zu rechtspolitisch nicht vertretbaren Ergebnissen kommen, indem sie dem Täter aus seinem sittenwidrigen Verhalten, nämlich der Täuschung bzw. Drohung, noch einen Vorteil erwachsen ließe. In solchen Fällen muß der Verletzte aber unbedingt von der Rechtsordnung geschützt werden.

Noll[4] bestreitet, daß eine durch Täuschung bzw. Drohung erlangte EW generell unwirksam sei. Er versucht, dies an Hand folgenden Beispiels nachzuweisen: A veranlasse B durch Drohung dazu, daß dieser seine Kuh von A und nicht von C schlachten läßt. Sei B ohnehin zur

---

3) Holer 99; Thiemann 46. Holer kommt für den Fall der Drohung aber dann doch teilweise zu einem ähnlichen Ergebnis, wenn er S. 73 anführt, daß eine EW nur dann vorliege, wenn der Verletzte tatsächlich oder rechtlich in der Lage sei, der Handlung des Täters Hindernisse entgegenzusetzen. Das geht m.A. nach aber wieder zu weit. Warum soll der Verletzte nicht rechtfertigend einwilligen können, wenn er sich zwar in einer solchen Situation befindet, die Tat aber will?

4) Noll 130.

Schlachtung der Kuh entschlossen gewesen, so begehe A zwar eine Nötigung, aber kraft der EW des B in die Schlachtung als solche keine rechtswidrige Sachbeschädigung.

Dieses Beispiel beweist meiner Ansicht nach nicht das, was es zeigen soll. Zwar ist Noll im Ergebnis recht zu geben; nicht zugestimmt werden kann aber seiner Begründung. In Wahrheit handelt es sich hier um gar keine Sachbeschädigung, da, soweit die Kuh ihrer vom Eigentümer bestimmten Verwendung zugeführt wird, bereits die Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens des A fehlt, insoweit dann aber die Frage, ob das Verhalten des A durch die EW des B gerechtfertigt ist, erst gar nicht gestellt zu werden braucht. Wird eine Sache nämlich ihrer bestimmungsmäßigen Verwendung zugeführt, so fehlt es in aller Regel am Tatbestand einer Sachbeschädigung. Es ist daher daran festzuhalten, daß eine durch Täuschung oder Drohung erlangte EW unwirksam ist.

Die eigentlich streitigen Fälle können meiner Ansicht nach nur die sein, in denen die EW auf einem Irrtum beruht. Dabei können nach der hier vertretenen Auffassung von vornherein die Fälle eines Erklärungs- bzw. Inhaltsirrtums ausgeschieden werden, da insoweit ohnehin auf die Willensrichtung des Täters abzustellen ist, wie oben dargetan. Hier stellt sich das Problem dann erst gar nicht. Problematisch bleiben dann nur noch die Fälle des sogenannten Motivirrtums. Für sie bieten sich theoretisch 3 Lösungsmöglichkeiten. Man hält einen Motivirrtum prinzipiell für unbeachtlich,

man läßt ihn nur bei bestimmter Intensität beachtlich sein oder hält ihn stets für bedeutsam.

Aus den §§ 116 ff. BGB, 2078 BGB läßt sich meiner Ansicht nach ein spezifischer, dem gesamten Zivilrecht zugrundeliegender Rechtsgedanke unschwer herauslesen. Das Recht knüpft in erster Linie an den Willen des Handelnden an; nur im Interesse der Rechtssicherheit, die allerdings im rechtsgeschäftlichen Verkehr eine überragende Rolle spielt, wird auf den äußeren Erklärungswert abgestellt. Allgemein läßt sich sagen, je mehr eine Handlung im rechtsgeschäftlichen Verkehr bedeutsam ist, desto mehr muß auf das äußere Verhalten abgestellt werden und dementsprechend der wahre Wille vernachlässigt werden. Ein typisches Beispiel hierfür scheint mir die von der neueren Lehre und Rechtsprechung bejahte Rechtsfigur des sozialtypischen Verhaltens darzustellen.[5] Bei bestimmten Massenerscheinungen des Rechtsverkehrs wird hier nur noch dem äußeren Verhalten Bedeutung beigemessen, der wahre Wille sinkt demgegenüber zur Bedeutungslosigkeit herab; eine Anfechtung wird nicht mehr zugelassen.[6] Anders wieder liegt der Fall beim Testament; hier handelt es sich nicht um eines der typischen im Rechtsverkehr vorkommenden Rechtsgeschäfte, demzufolge findet der Wille des Erb-

---

5) RGZ 111, 310; BGHZ 21, 333; siehe hierzu Larenz AT 34; m.w.Nachw. Nipperdey MDR 57, 61; Wieacker JZ 257, 61.

6) Larenz AT 35.

lassers über § 2078 II BGB[7] eine größere Beachtung als ihm gemäß II 116 ff. BGB bei anderen Rechtsgeschäften zukommt.

Die oben aufgezeigten Ergebnisse erklären sich auch aus dem Wesen des Rechts, dessen hauptsächliche Funktion, wie wir schon mehrfach feststellten, im Interessenschutz und Interessenausgleich von Rechtssubjekten besteht. Dem Interesse liegt aber ein subjektives Moment zugrunde.

Handelt es sich bei der EW, vor allem dann, wenn sie in die Verletzung von höchstpersönlichen Rechtsgütern gegeben ist, um keine Handlung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs, so ergibt sich aus dem oben Angeführten mit Sicherheit, daß, wenn schon bei gewöhnlichen Rechtsgeschäften ein Motivirrtum von der in § 119 II BGB vorausgesetzten Intensität berücksichtigt werden muß, dies dann erst recht für die EW zu gelten hat.

Unsere Überlegung wird noch durch ein anderes Argument erhärtet. In der Literatur wird der Fall des § 119 II BGB teilweise nicht dem Motivirrtum zugerechnet (was er allerdings auch ist), sondern als ein Unterfall des Inhaltsirrtums betrachtet.[8] Die wesentlichen Eigenschaften von Personen und Sachen seien Inhalt der Erklärung. Dieses Argument läßt sich meiner Ansicht nach

---

7) Die gesetzgeberische Entscheidung ist hier allerdings noch durch einen anderen Grund bedingt. Der tote Erblasser kann ja seinen Irrtum durch eine andere Verfügung nicht mehr korrigieren.

8) So etwa Palandt-Danckelmann § 119,4a,vgl.hierzu weiter Lorenz,Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung 20f,Brauer,Der Eigenschaftsirrtum 80ff und Schmidt-Rimpler,Eigenschaftsirrtum 213(220ff).

nicht von der Hand weisen. Unterstellt man aber die Fälle des § 119 II BGB dem Inhaltsirrtum, so ergibt sich vom Standpunkt der hier vertretenen Willensrichtungstheorie aus, daß, wie auch in den anderen Fällen des Inhaltsirrtums, auf den wahren Willen des Erklärers bzw. des Verletzten abzustellen ist.

Daß ein Irrtum der in § 119 II BGB angeführten Art stets zur Unwirksamkeit der EW führt, wird auch hier von Noll[9] bestritten, der dieser Auffassung ihre Allgemeingültigkeit absprechen zu müssen glaubt. Erkläre sich etwa der Verletzte zu einem medizinischen Experiment bereit, in der Meinung, er werde infolgedessen mehrere Tage lang krank sein, während der Eingriff in Wirklichkeit viel harmloser ist, so schließe seine EW dessen Rechtswidrigkeit aus. Meiner Ansicht nach handelt es sich bei diesem Fall um keine Situation, die der in § 119 II BGB beschriebenen gleichsteht. Zwar befand sich der Verletzte zweifellos in einem Irrtum; da dieser Irrtum aber nicht kausal war (wenn sich der Verletzte zu einem seiner Ansicht nach schwereren Eingriff bereit erklärt hatte, so war er erst recht mit einem harmloseren einverstanden), handelt es sich um keinen Willensmangel der hier interessierenden Art.

Als Ergebnis der bisherigen Ausführungen kann festgestellt werden, daß ein Irrtum bei der EW, soweit er sich in den Grenzen des § 119 II BGB hält, ebenfalls bedeutsam ist. Es bleibt daher nur noch die Auseinandersetzung zwischen Meinung 2 und 3, das heißt, die

---

9) Noll 131.

Untersuchung der Frage, ob ein Motivirrtum auch über den Rahmen des § 119 II BGB hinaus beachtlich sein muß. Hier zu einer exakten Entscheidung zu kommen, ist schwierig. Meiner Ansicht nach ist die Kontroverse im Sinn der herrschenden Lehre zu entscheiden. Würde man jeden Motivirrtum für beachtlich ansehen, so könnte dies leicht zur Uferlosigkeit führen.[10] Ob ein Motivirrtum vorlag, läßt sich nachträglich auch nur schwer feststellen. Es geht nicht an, über die Frage der Rechtmäßigkeit eines Verhaltens solch unsichere Kriterien entscheiden zu lassen.[11] Eine Parallele zu § 2078 II BGB, in dem dem Motivirrtum in weitem Maße Rechnung getragen wird, kann deshalb nicht gezogen werden, weil die dort getroffene gesetzgeberische Entscheidung, jedenfalls teilweise, aus ganz anders gelagerten Gründen erfolgt ist.

Zu untersuchen wäre nun noch, ob die EW, soweit durch einen dem § 119 II BGB vergleichbaren Irrtum veranlaßt, ipso iure nichtig ist, oder ob es hierzu entsprechend § 119 einer Anfechtungserklärung bedarf. Die Frage ist, wie bereits oben angedeutet, im ersteren Sinne zu entscheiden. Oben wurde schon gesagt, daß sich die Beachtlichkeit eines Irrtums der in § 119 II BGB geschilderten Art als Folge der hier befürworteten Willensrichtungstheorie ergibt. Da bei § 119 II BGB der wahre Wille des Verletzten nicht auf eine EW hingeht, fehlt es an einer solchen. Die Gründe, die bei einem Rechtsgeschäft dennoch zur Bejahung einer Anfechtungsmöglich-

---

10) Geilen 28.
11) Geilen 98.

keit statt einer sofortigen Nichtigkeit geführt haben - nämlich vornehmlich Gründe des Rechtsverkehrs - treffen für die EW, bei der es sich, wie wir oben sehen konnten, um keine typische Erklärung des Rechtsverkehrs handelt, nicht zu.[12] [13]

§ 12 Der Einfluß der Sittenwidrigkeit von EW und Tat auf die Wirksamkeit der EW

In Literatur und Rechtsprechung besteht Streit darüber, inwieweit eine eventuelle Sittenwidrigkeit, sei es der

---

12) Nicht richtig ist aber, wenn Noll 130 als Begründung hierfür anführt, die Zulässigkeit einer Anfechtung, durch die die Tat rückwirkend rechtswidrig würde, würde dem Grundsatz widersprechen, daß im Zeitpunkt der Tat schon feststehen muß, ob sie rechtmäßig oder rechtswidrig sei. Bei Fahrlässigkeitsdelikten kommt es, wie bereits oben ausgeführt, häufig vor, daß sich erst nachträglich entscheidet, ob die Tat rechtmäßig war. Noll setzt sich mit diesem Argument auch in Widerspruch zu seinen Ausführungen S. 121.

13) Mit der EW kann u.U. eine vertragliche Rechtfertigung konkurrieren. Diese vermag die Tat dann immer noch zu rechtfertigen, soweit sie nicht angefochten wird. Nach Anfechtung wird die Tat, anders als im Strafrecht, rückwirkend rechtswidrig, genau gesagt, ihre Rechtswidrigkeit wird vom Gesetzgeber fingiert. Im Gegensatz zum Strafrecht ist eine solche fingierte Rechtswidrigkeit nicht zu beanstanden. Ihre Berechtigung ergibt sich aus der Zwecksetzung des Zivilrechts. Zudem wird im Zivilrecht kein Urteil über eine Handlung, also kein Vorwurfsurteil, ausgesprochen. Die Verschiedenheit des zivilrechtlichen und strafrechtlichen Unrechtsbegriffs macht sich also auch hier wieder bemerkbar und bestätigt unsere oben angestellten Überlegungen.

EW, sei es der Tat, von Bedeutung für die Gültigkeit der EW ist.

Darüber, daß die Sittenwidrigkeit der Tat im Strafrecht, jedenfalls bei der Körperverletzung, die Rechtfertigung durch EW verhindert, besteht heute angesichts der gesetzlichen Regelung des § 226 a StGB Einhelligkeit. Fraglich ist nur, ob diese Regelung auch für das Zivilrecht Bedeutung hat,[1] inwieweit der Rechtsgedanke des § 226 a StGB auf Körperverletzungsdelikte zu beschränken ist, oder aber, ob er Allgemeingültigkeit hat, und schließlich, ob die Sittenwidrigkeit der EW als solche bereits zu deren Unwirksamkeit führen kann.

Wir wollen mit letzterer Frage beginnen. Ist die EW nämlich schon wegen Sittenwidrigkeit unwirksam, so stellt sich das Problem einer entsprechenden Anwendung des § 226 a StGB erst gar nicht. Teilweise wird in der Lehre und Rechtsprechung angenommen, daß eine sittenwidrige EW unwirksam sei. Begründet wird dies mit einer unmittelbaren Anwendung des § 138 I BGB[2] oder aus einem allgemeinen Rechtsgedanken heraus, der in §§ 138,

---

1) So auch im Zivilrecht: Enneccerus-Nipperdey § 210 II 3, bei dem es heißt, dem § 226 a StGB komme allgemeine Bedeutung zu; Palandt § 823 7 B f.

2) So die Rechtsgeschäftstheorie: Erman-Drees § 823; Fischer 278; Flad 17 und 19; Zitelmann 52.

226, 826 BGB seinen Niederschlag gefunden hat.[3] Einer sittenwidrigen EW sei die Wirksamkeit zu versagen, weil sie dem Zweck der Rechtsordnung selbst zuwiderlaufe.[4]

Ehe wir zu unserer eigenen Stellungnahme kommen, muß geprüft werden, ob überhaupt die Möglichkeit besteht, daß bei einer Tat, hinsichtlich derer der Verletzte seine EW erteilt hat, zwar die Tat sittenwidrig ist, nicht aber die EW oder umgekehrt. Daß dies durchaus der Fall sein kann, zeigen uns folgende Beispiele: A tritt dem an Kräften überlegenen B mit der Aufforderung entgegen, ehe du meine Mutter schlägst, schlage lieber mich.[5] Hier ist die EW sicher nicht sittenwidrig, wohl aber ist es die Tat. Im folgenden Fall ist es umgekehrt: Die Ärztin A benötigt unbedingt Blut einer bestimmten seltenen Blutgruppe, um einen Schwerkranken durch eine Bluttransfusion zu retten. B hat als einzige verfügbare Person diese Blutgruppe. Er gibt seine EW zur Blutentnahme nur unter der Bedingung, daß sich die A ihm geschlechtlich hingibt.

---

3) Im Zivilrecht allgemeine Lehre: Larenz BT 405; Palandt-Gramm § 823 7 B f;RGRK-Haager A 39;Soergel-Siebert- Schräder A 76.
Im Strafrecht: Cron 19; Firnhaber 14; Geerds 171; Herkert 55, Kiehl 365 A 13 b; a.A. Bruns 264, der aber zu Unrecht annimmt, dieses Ergebnis gelte nur für das Strafrecht; Creifelds 89, der auch bei Sittenwidrigkeit der Tat Rechtfertigung annehmen will, was heute angesichts § 226 a StGB keine generelle Geltung mehr haben kann; Heinitz JR 51, 333 (334); Mattern 68; Honig 138; Holer 99; Schmidt JZ 54, 369; Schrey 58; Thiemann 58.

4) Cron 19; Geerds 171.

5) Beispiel von Thiemann 4.

Bei den §§ 138, 826 BGB handelt es sich tatsächlich um einen in unserem ganzen Recht bedeutsamen Rechtsgedanken. Er findet nicht nur im privaten, sondern auch im öffentlichen Recht Beachtung. So wird ein sittenwidriger Verwaltungsakt von der herrschenden Lehre als nichtig angesehen.[6] [7] Die eminente Bedeutung der Sittenwidrigkeit in unserem gesamten Recht erklärt sich nach einem Ausspruch Georg Jellineks daraus, daß das Recht ein ethisches Minimum verwirklichen will.[8] Fischers Formulierung,[9] "die guten Sitten des BGB sind ein Rechtsbegriff, kein Moralbegriff, sie bezeichnen eine dem Wesen des Rechts adaptierte Moral", trifft für alle Rechtsgebiete gleichermaßen zu.

Stellten wir oben fest, daß die Beachtung der guten Sitten für das gesamte Recht bedeutsam ist, so kann meiner Ansicht nach aber hieraus allein noch nicht die

---

6) Landmann, Allg. Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 158, VGH Stuttgart ÖV 49, 77.

7) Thiemann nimmt in Fällen eines sittenwidrigen Verwaltungsaktes nur Anfechtbarkeit an und glaubt, hieraus folgern zu können, daß ein sittenwidriges Handeln nicht stets unwirksam sein müsse. Dieses Argument hat jedoch keine Beweiskraft, da sich dieses Ergebnis, wenn überhaupt richtig, nur aus der besonderen Struktur des Verwaltungsrechts ergibt, in dem die Rechtssicherheit und Klarheit eine besondere Rolle spielen. Die wahren Gründe für Thiemanns richriges Ergebnis sind anderswo zu suchen.

8) Zitiert bei Radbruch, Rechtsphilosophie, 138.

9) Siehe hierzu besonders Bucher 228 ff.; Fischer 63; a.A. Creifelds 27.

Unwirksamkeit einer sittenwidrigen EW gefolgert werden. Die Nichtigkeit einer sittenwidrigen Handlung ist nur eine der Folgen, die das Recht an einen Sittenverstoß knüpfen kann.[10]

Die andere Auffassung, die bei Sittenwidrigkeit stets Unwirksamkeit annehmen will, übersieht, daß es sich bei der Frage nach der Wirksamkeit der EW primär darum handelt, ob die Handlung des Täters gerechtfertigt ist, nicht aber um die Beurteilung der Handlung des Verletzten. Weshalb soll in unserem obigen Beispiel die Handlung der Ärztin rechtswidrig sein, weil der Verletzte sittenwidrig einwilligte? Es geht nicht an, diese der Rettung eines Menschen dienende Tat von den Hintergedanken und Spekulationen des Einwilligenden abhängig zu machen.[11]

Dogmatisch erhellt sich der Unterschied zwischen den Fällen des § 138 BGB und denen der Nichtigkeit eines sittenwidrigen Verwaltungsakts einerseits, der EW andererseits, daraus, daß bei ersteren der Wille des Handelnden auf eine bestimmte Rechtsfolge geht, die, da sie sittenwidrig wäre, nicht eintritt. Einem sittenwidrigen Willen, der auf rechtliche Folgen gerichtet ist, versagt die Rechtsordnung ihre Anerkennung. Bei der EW ist dagegen der Wille des Einwilligenden, wie wir bereits oben bei der Ablehnung der Rechtsge-

---

10) So wird in § 826 an ein sittenwidriges Handeln eine Schadensersatzpflicht des Handelnden angeknüpft.

11) Thiemann 45.

schäftstheorie festgestellt haben, auf keine Rechtsfolge gerichtet.

Ein weiterer Unterschied zwischen Rechtsgeschäft bzw. Verwaltungsakt und EW besteht auch insoweit, als diese unmittelbare Rechtsfolgen hervorrufen, was aber bei der EW, die erst im Zusammenhang mit der Handlung des Täters bedeutsam wird, nicht der Fall ist. Im übrigen dürfte gerade § 138 BGB gegen die Nichtigkeit einer sittenwidrigen EW zu sprechen, da bei einem zweiseitigen Rechtsgeschäft,bei dem ähnlich wie bei der EW[11a] zwei Personen zur Herbeiführung eines rechtlichen Erfolgs zusammenwirken müssen, erst dann eine Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit bejaht wird, wenn sich entweder das Verhalten des einen als Sittenverstoß gegenüber dem Geschäftspartner darstellt oder aber beide Partner unsittlich handeln. Eine Parallele zur 1. Alternative zu ziehen wäre sinnwidrig, wird hier die Nichtigkeit doch deshalb normiert, um den Geschäftsteilnehmer, demgegenüber sittenwidrig gehandelt wurde, zu schützen. Würde man eine sittenwidrige EW für nichtig halten, so würde aber gerade das Gegenteil bewirkt. Die Nichtigkeit ginge zu Lasten des Täters, der sich sittenwidrig verhalten hat, der sittenwidrig Einwilligende würde begünstigt. Eine Analogie zur 2. dem § 138 BGB unterfallenden Gruppe von Rechtsgeschäften kommt deshalb nicht in Frage, weil dann auch der Täter sittenwidrig handeln müßte.

Daß der Satz, ein sittenwidriger Wille sei rechtlich nicht beachtlich, in der Allgemeinheit, in der er meist ausgesprochen wird, nicht zutrifft, ergibt sich

[11a] die allerdings selber kein Rechtsgeschäft ist ,vgl.oben §5

im übrigen auch daraus, daß nach ganz herrschender Auffassung beim EV die Sittenwidrigkeit nicht zu dessen Ungültigkeit führt.[12] [13]

Gegen die Annahme, daß eine sittenwidrige EW nichtig ist, scheint mir auch der in § 817 S. 2 BGB enthaltene Rechtsgedanke zu sprechen. Nach ihm muß die staatliche Rechtshilfe dem Kläger versagt werden, der durch den mit seiner Leistung verfolgten Zweck gegen Gesetz und gute Sitten verstoßen hat. Wer selber gegen die Rechtsordnung gehandelt hat, kann von dieser nicht verlangen, daß sie ihm zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche behilflich ist.[14] [15] Er ist zivilrechtlich, anders allerdings strafrechtlich,[16] nicht mehr schüt-

---

12) Renner 45 m.w. Nachweisen.

13) Eine vertragliche Rechtfertigung kommt allerdings dann nicht in Frage, wenn der Vertrag sittenwidrig war, dann kann nur noch die EW rechtfertigen.

14) Boehmer, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, I, 60; v. Caemmerer S JZ 50, 646 (651); Raiser JZ 51, 719; Larenz BT 364.

15) Teilweise wird versucht, dem § 817 S. 2 Strafcharakter beizumessen, wonach er als Fremdkörper im BGB eng auszulegen wäre. Das kann deshalb nicht richtig sein, weil nicht einzusehen wäre, warum die Strafe des einen dem anderen, der sich u.U. gleichermaßen strafbar gemacht hat, zum Vorteil gereichen soll; so richtig v. Caemmerer 648; Leonhard BT 498 will in § 817 S. 2 einen Fall der Schuldkompensation sehen, übersieht jedoch, daß dann das beiderseitige Verschulden nach seiner Schwere gegeneinander abgewogen werden müßte (siehe § 254 BGB). Gegen Leonhard auch Larenz BT 364.

16) Das Strafrecht betrachtet, wie wir schon wiederholt betonten, eine Handlung vornehmlich unter dem Aspekt des öffentlichen Interesses; anders als im Zivilrecht ist daher hier die Frage, ob das Privatinter-

Fortsetzung siehe S. 77

zenswert. Zu Recht wird daher von einer im Vordringen befindlichen Mindermeinung dem § 817 S. 2 über den Rahmen des Bereicherungsrechts hinaus allgemeine Bedeutung[17] zugemessen, so daß er z.B. auch auf den Vindikationsanspruch[18] und Ansprüche aus Delikt[19]

---

16) Fortsetzung von S. 76:
esse schützenswert ist, ohne Bedeutung. Das Unrecht des einen kann hier kein Freibrief für das Unrecht des anderen sein. Zutreffend Bruns 357 in Mezger Festschrift: "Das Strafrecht bezweckt nicht in erster Linie den unmittelbaren Schutz bestimmter Rechtsgüter, sondern den Schutz jener sozialethischen Gesinnungswerte, die das Fundament für jedes staatliche Zusammenleben bilden. Deshalb richtet sich das kriminelle Unrecht nicht primär nach dem eingetretenen Erfolg und dem Grad seiner Sozialschädlichkeit, sondern vornehmlich nach der sozialethischen Bewertung der den Erfolg herbeiführenden Handlung, und ihre Bewertung muß unabhängig sein von der Schützwürdigkeit des verletzten Rechtsguts. Niemand darf straflos sündigen an einem Opfer, das - weil es - selbst gesündigt hat."

17) Die in der neueren zivilrechtlichen Literatur verschiedentlich zu beobachtenden Einschränkungstendenzen des § 817 S. 2 bei Preisverstößen (siehe hierzu Fabricius JZ 63, 85) vermögen der Allgemeingültigkeit des in § 817 S. 2 enthaltenen Rechtsgedankens keinen Abbruch zu tun. Richtig gesehen handelt es sich bei den in diesem Zusammenhang aufgeführten Vorschriften um Spezialregelungen gegenüber dem allgemeinen Grundsatz des § 817 S. 2, dessen Durchbrechung sich aus der gebotenen teleologischen Auslegung dieser Vorschriften ergibt (so auch Fabricius 86).

18) Baur 38; Boehmer, Grundlagen I 51 ff.; v.Caemmerer JZ 50, 646; Heck AcP 124, 1 (6 A 15); Palandt-Hoche, Einl. § 854, 5a, cc; Raiser JZ 51, 719; Larenz BT 367; Fischer erkennt wenigstens die Notwendigkeit der Erstreckung des § 817 S. 2 auf § 985 für zukünftiges Recht an.

19) Boehmer a.a.O.; v. Caemmerer a.a.O.; Raiser a.a.O.

Anwendung findet. Hält man sich vor Augen, daß das Zivilrecht einem sittenwidrig Handelnden keinen Schutz zuteil werden läßt, so wäre es recht verwunderlich, wenn es die Tat, soweit der Verletzte nicht sittenwidrig einwilligte, als rechtmäßig ansehen würde, für den Fall der sittenwidrigen EW des Verletzten die Tat des Täters aber rechtswidrig heißen würde.[20)]

Anders als bei der sittenwidrigen EW liegt der Fall dann, wenn die Tat des Täters trotz der EW gegen die guten Sitten verstößt; eine solche Handlung wird von der Rechtsordnung nicht gebilligt. Sie kann daher nicht rechtmäßig sein. Daß ein sittenwidriges Verhalten rechtswidrig ist, ergibt sich daraus, daß bei ihm der sittenwidrig Handelnde bei seinem Handeln nicht einmal dem ethischen Minimum Rechnung getragen hat; dies hat im Strafrecht § 226 a StGB, im Zivilrecht in § 826 BGB seinen gesetzlichen Niederschlag gefunden. Die sittenwidrige Tat bleibt somit, trotz der bestehenden EW, auch über den Bereich der in § 226a StGB aufgeführten EW bei Körperverletzung hinaus stets

---

20) Indem das Zivilrecht die Tat des Täters trotz deren vorhandener Sittenwidrigkeit der EW rechtmäßig läßt, erfüllt es auch eine rechtspolitisch bedeutsame Funktion, indem es dem Verletzten eine empfindliche Einbuße durch Versagung eines Schadensersatzanspruchs zufügt. Siehe darüber näher unten.

rechtswidrig, unabhängig davon, um welches geschützte Rechtsgut es sich im allgemeinen dreht.[21]

Sehen wir somit, daß die EW unwirksam ist, wenn die Tat trotz ihrer gegen die guten Sitten verstößt, so fragt sich, wann in concreto ein solcher Sittenverstoß anzunehmen ist. Nach der bekannten Definition des RGZ[22] soll dies dann der Fall sein, wenn gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoßen wurde. Es ist zweifelhaft, ob uns diese Formel in diesem Zusammenhang weiterzuhelfen vermag.

Jedenfalls muß man sich nämlich vor Augen halten, daß es sich bei dem Begriff der guten Sitten um einen Rechtsbegriff, nicht um einen Moralbegriff handelt. Bei Moralverstößen gewisser Intensität gebietet das öffentliche Interesse,[23] das auch im Zivilrecht, wenn auch nur sekundär und nicht in dem Ausmaß wie im Strafrecht, mitschwingt,[24] daß die Tat als rechtswidrig mißbilligt

---

21) Geerds ZSTW 72, 44; Maurach AT 269; Mezger LK 10e, cc vor § 51; Thiemann 64, der von Bechthold 85 zu Unrecht der gegenteiligen Auffassung zugerechnet wird, S. 70 redet Thiemann nicht von der EW, sondern vom EV; a.A. Bechthold 85; Lenckner 446 A 1; Schönke-Schröder vor § 51 A.
Im Zivilrecht: Enneccerus-Nipperdey § 210 II 3; Palandt-Gramm § 823 7 B f; Soergel-Siebert-Schräder § 823 A 76.

22) RGZ 48, 114.

23) Ein Verstoß gegen die guten Sitten liegt dann vor, wenn das öffentliche Interesse in einem derartigen Ausmaß verletzt, daß die Handlung das Rechtswidrigkeitsurteil erfordert; so richtig, wenn auch vielleicht etwas überspitzt, Mezger 273.

24) So mit Recht Seib 59.

wird. Dieses öffentliche Interesse ist aber nicht nur eine Funktion des Moralverstoßes, sondern hängt auch von der Art des verletzten Rechtsguts entscheidend ab. Ähnlich wie die Rechtswidrigkeit im Hinblick auf die Verletzung eines bestimmten Rechtsguts ausgesprochen wird, wird dies auch die Sittenwidrigkeit. Bei Ehrverletzungen wird das öffentliche Interesse im allgemeinen nicht so leicht verletzt wie bei Körperverletzungen; bei Körperverletzungen muß man wiederum nach der Schwere der Verletzungen differenzieren; so ist etwa der außereheliche Geschlechtsverkehr mit einer Jungfrau sicher ein schwerer Moralverstoß, trotzdem ist die Körperverletzung wegen der Unbedeutendheit der Verletzung nicht sittenwidrig im Sinn des Rechts.[25] Meiner Ansicht nach beachtet die herrschende Auffassung diese Doppelfunktion des Begriffs der guten Sitten nicht genügend, wenn sie sich mit der zu sehr generalisierenden Formel des RG begnügt, die zu einseitig auf den Moralverstoß abstellt. Zwar besteht auch zwischen dem Moralverstoß und der Schwere der Verletzung eine gewisse Abhängigkeit, andererseits kann aber ein Moralverstoß auch bei einer nur geringfügigen Verletzung vorliegen. Es muß daher festgestellt werden, daß bei der Frage, ob eine Tat gegen die guten Sitten verstößt, neben moralischen Gesichtspunkten, so etwa dem Zweck, den der Täter mit seiner Tat verfolgt, auch die Art des verletzten Rechtsguts und die Schwere des

---

25) Das übersehen Creifelds 95 und Schlosky 24, die an Hand dieses Beispiels die Unbrauchbarkeit des Kriteriums der guten Sitten für die Frage nach der Wirksamkeit einer EW demonstrieren wollen.

Angriffs heranzuziehen sind. Die Tat ist dann sittenwidrig, wenn unter Berücksichtigung dieser Komponenten das öffentliche Interesse in derartigem Ausmaße verletzt ist, daß es ein Rechtswidrigkeitsurteil über die Tat erfordert.[26) 27) 28)]

---

26) Letzten Endes dürften es diese Überlegungen sein, wenn dies auch nirgends ausgesprochen wird, die, allerdings in einer extremen Überspitzung, einen Teil der Lehre dazu führten, das Kriterium der guten Sitten nur auf die Körperverletzungsdelikte für anwendbar zu halten. Weshalb soll aber der Knecht, der auf Geheiß des Bauern dessen Scheune zum Zweck eines Versicherungsbetrugs anzündet, wegen der EW des Eigentümers eine gerechtfertigte Sachbeschädigung begangen haben?

27) Legt man die hier befürwortete Auslegung dem Begriff der guten Sitten zugrunde, so erledigen sich weitgehend alle Bedenken gegen ihn, wie z.B., daß sich unter Zugrundelegung dieses Kriteriums nicht alle Fälle erfassen ließen, in denen ein Gemeinschaftsinteresse derart verletzt werde, daß trotz EW ein Schadensersatzanspruch bzw. eine Bestrafung erforderlich, wie etwa Mezger 272 und Schlosky 24 behaupten.

28) Dabei ist zu beachten, daß sich der Begriff der guten Sitten im Zivilrecht und Strafrecht auch bei entsprechenden Delikten, z.B. bei der Sachbeschädigung, keineswegs zu decken braucht; so richtig Creifelds 23 und Mattern 110. Das öffentliche Interesse kann sehr wohl die Bejahung eines Schadensersatzanspruches des Verletzten erfordern, nicht aber die Bestrafung des Täters. Im allgemeinen wird der Begriff der guten Sitten im StGB daher restriktiver auszulegen sein als im Zivilrecht. Eine so weitgehend unbestimmte Formel muß, um in einem Rechtsstaat erträglich zu sein, eng ausgelegt werden, so BGHSt 4, 24; a.A. E. Schmidt JZ 54, 369. Dass besonders im StGB restriktive Auslegung geboten ist, ergibt der Rechtsgedanke des Art. 103 II GG, der auch für die Rechtswidrigkeit gewisse Bedeutung hat. Unrichtig daher E 1927 zum StGB § 264 S. 132.

Soweit nur der Täter gegen die guten Sitten verstoßen hat, dürfte einem Schadensersatzanspruch des Verletzten prinzipiell nichts im Wege stehen. Allerdings kann der Anspruch unter Umständen durch § 254 BGB gemindert, evtl. sogar ausgeschlossen werden.

In der Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, daß, auch wenn nur der Täter gegen die guten Sitten verstoßen hat, der Schadensersatzanspruch des Verletzten stets ausgeschlossen sei. So heißt es bei Schulz-Schäffer:[29] "Bleibt also die unter solchen Umständen geschehene Körperverletzung an sich auch widerrechtlich, so geschieht sie doch nicht unter Verstoß gegen ein Recht des Verletzten. § 823 knüpft die Schadensersatzpflicht aber nicht an die an sich widerrechtliche Handlung, sondern an die Verletzung eines subjektiven Rechts des Geschädigten." Diese Auffassung ist meiner Ansicht nach unhaltbar. Sie übersieht, daß durch den § 823 BGB auch öffentliche Interessen geschützt werden und daß es gerade diese Tatsache gebietet, einen Schadensersatzanspruch zu bejahen, da nur so die öffentlichen Interessen geschützt werden können. Wäre man anderer Auffassung, so hätte die Hereinnahme von öffentlichen Interessen als Schutzobjekt in § 823 keinerlei praktische Konsequenzen. Weshalb sollte auch in dem oben aufgeführten Beispiel, in dem sich der Junge für seine Mutter aufopferte, diesem kein Schadensersatzanspruch zustehen. Ein solches Ergebnis wür-

---

29) Schulz-Schäffer 146.

de jedem gesunden Rechtsgefühl grob widersprechen.[30] Zudem knüpft § 823 die Schadensersatzverpflichtung an diese "an und für sich Widerrechtlichkeit". Schulz-Schäffer[31] setzt sich daher mit seiner Ansicht auch in Widerspruch zum Gesetz.

In bestimmten Fällen muß allerdings der Schadensersatzanspruch des Verletzten stets ausgeschlossen sein. Das ist der Fall, wenn dieser seinerseits auch gegen Gesetz oder gute Sitten verstoßen hat. Die Anwendung des in § 817 S. 2 enthaltenen Rechtsgedankens ist hier zwingend geboten.[32] Der sittenwidrig Einwilligende hat den Rechtsschutz verwirkt. Das öffentliche Interesse kann nicht, wie in dem oben behandelten Fall, zur Erhärtung einer gegenteiligen Auffassung herangezogen werden. Es gebietet nämlich, daß auch dem sittenwidrig einwilligenden Verletzten kein Vorteil aus seinem Sittenverstoß erwächst, was der Fall wäre, wenn man bei Berücksichtigung des öffentlichen Interesses einseitig auf den Sittenverstoß des Täters abstellt. Übrigens klingt schon im Pandektenrecht ein ähnlicher Gedanke an, wenn es dort heißt:[33] "In pari turpitudine melior causa est possidentis." Bei beiderseitigem Sittenverstoß beschränkt sich das Recht, indem es nicht eingreift und keinem der Beteiligten einen Rechtsanspruch gewährt.

---

30) A.A. aber Schulz-Schäffer 147.

31) Schulz-Schäffer 147; ähnlich § 706 des 1. Entwurfs zum BGB; anders mit Recht Mugdan II, 1080.

32) Siehe hierzu auch A 15a und 15b.

33) Siehe hierzu Nachw. Heck AcP 124, 39 ff.

Zudem erfüllt das Zivilrecht durch Versagung eines Schadensersatzanspruchs in diesen Fällen eine wichtige rechtspolitische Aufgabe. Es schreckt den Verletzten durch Nichtzuerkennung eines Schadensersatzanspruches von der sittenwidrigen Erteilung einer EW zurück, die oft der Anlaß für die Tat des Täters ist.[34)]

Die Bejahung eines Anspruchs des Verletzten geht auch deshalb nicht an, weil sie zu einer faktischen Veräußerlichkeit höchstpersönlicher Rechtsgüter führen würde.[35)]

Als Ergebnis unserer obigen Überlegungen sahen wir: Eine sittenwidrige EW vermag ebenfalls zu rechtfertigen. Die Sittenwidrigkeit der Tat macht diese dagegen rechtswidrig. Soweit dem Verletzten selbst ein Gesetzes- bzw. Sittenverstoß zuzurechnen ist, ist dessen Schadensersatzanspruch ausgeschlossen.

---

34) Bucher 114. Bucher geht aber zu weit, wenn er (113) bei EW des Verletzten diesem nie einen Schadensersatzanspruch zubilligen will mit der Begründung, der einwilligende Verletzte sei ersatzunwürdig. Letzteres ist aber, wie auch das Beispiel des Jungen zeigt, soweit die EW nicht sittenwidrig ist, nie der Fall. Buchers falsche Auffassung beruht m.A. nach auf der nicht genügenden bzw. überhaupt nicht von ihm gemachten Trennung zwischen Sittenwidrigkeit der Tat und Sittenwidrigkeit der EW, wie besonders S. 212 deutlich wird.

35) So richtig, Bucher 114.

§ 13 Welche Anforderungen sind in Bezug auf Alter bzw. Einsichtsfähigkeit des Einwilligenden zu stellen?

Die Einordnung der EW in die üblichen Kategorien der Rechtshandlungen, insbesondere ihre Einordnung unter den Rechtsgeschäftsbegriff, scheiterte. Damit war auch der Weg zu einer einfachen, allgemein gültigen Antwort auf die uns gestellte Frage verbaut.[1)]

Es leuchtet ein, daß bei der Verschiedenheit der Rechtsgüter, bei denen eine rechtfertigende EW möglich ist, eine allgemeingültige Antwort kaum gegeben werden kann. Unser Ziel im Rahmen des Allgemeinen Teils der Arbeit wird es daher nur sein, Kriterien aufzuzeigen, an Hand derer im Besonderen Teil bei den einzelnen Delikten eine Antwort darauf gefunden werden kann, welche Anforderungen an Alter bzw. Einsichtsfähigkeit des Einwilligenden zu stellen sind.

Zuvor sollen jedoch noch die in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Meinungen wiedergegeben werden, die eine allgemeingültige Antwort auf die uns hier gestellte Frage zu geben glauben, und zu ihnen Stellung genommen werden.

Teilweise wird eine Verbindung zwischen zivilrechtlicher bzw. strafrechtlicher Verantwortlichkeit und der Einwilligungsfähigkeit hergestellt.[2)] Auch die analoge

---

1) Noll 123.
2) Holer 107; Klee GA 48, 343.

Heranziehung der Regelung des Antragsrechts im Strafrecht wird erwogen.[3] Die heute wohl herrschende Meinung will auf die konkrete Einsichtsfähigkeit des Verletzten abstellen.[4] Zum Teil wird auch eine Differenzierung zwischen Vermögensrechten und höchstpersönlichen Rechtsgütern vorgenommen. Bezüglich ersterer sollen die Bestimmungen der §§ 104 ff. entsprechend angewendet werden; was die letzteren anbetrifft, soll wiederum die konkrete Einsichtsfähigkeit entscheidend sein.[5] Die oben abgelehnte Rechtsgeschäftstheorie will stets den §§ 104 ff. heranziehen.[6] [7]

Daß die Regel über die strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Frage, welche Anforderungen an die Einsichtsfähigkeit des Einwilligenden im Zivilrecht zu stellen sind, nicht entscheidend sein kann, versteht sich von selbst. Aber auch die Vorschriften über die zivilrechtliche Deliktsfähigkeit der §§ 827, 828 BGB

---

3) Gerland 503.

4) Im Zivilrecht: Manigk 509, wenn auch nicht ganz klar; Boehmer MDR 59, 706; Petersen DRiZ 62, 236.
Im Strafrecht: Baumann LB 284, der aber für das Zivilrecht anderes annimmt; Geerds 65, anders Zivilrecht 233; Firnhaber 52; Honig 168; Keßler 103; Maurach AT 267; Noll 124; RGSt 41, 392 (395).

5) Im Zivilrecht: Offenbar Palandt-Gramm § 823, 7B f; RGRK-Johannsen § 106 A 6; Soergel-Siebert-Schräder A76, die sich auf BGH 29,33 berufen, bei dem aber nur von Körperverletzung die Rede. Im Strafrecht, aber mit dem Anspruch auf Geltung auch im Zivilrecht: Kiehl 387; Kohlrausch-Lange II 3b vor § 51; Leenckner 456; Mezger StB AT 210; Schönke-Schröder III 7b vor § 51; Schwarz-Dreher vor § 51,1 B a; Traeger 148.

6) Für viele Zitelmann 62.

7) Für analoge Anwendung: Larenz BT 105.

können für die EW nicht analog herangezogen werden. Es ist ein wesentlicher Unterschied, ob jemand in der Lage ist, das Unrecht einer Tat einzusehen, oder aber, ob er die Preisgabe einzelner Rechtsgüter hinreichend beurteilen kann.[8)]

Auch die Regelung über die strafrechtliche Antragsfähigkeit vermag naturgemäß für das Zivilrecht nichts herzugeben.

Auch die konkrete Einsichtsfähigkeit in die Bedeutung von Verletzungen kann meiner Ansicht nach zivilrechtlich, jedenfalls bei Vermögensdelikten, nicht entscheidend sein.[9)] Es ist nicht einzusehen, weshalb der Minderjährige, dem nach den §§ 104 ff. jegliche Verfügungsmöglichkeit über Vermögensstücke genommen ist, soweit ihm diese nicht lediglich rechtliche Vorteile bringt, in die Verletzung eines Vermögensrech-

---

8) Lenckner 454; Noll 124.

9) Anderes gilt meiner Ansicht nach für das Strafrecht; hier ist stets auf die konkrete Einsichtsfähigkeit abzustellen; dies erkennen richtig Baumann LB 184; Geerds 233; Keßler 103. Der entscheidende Gesichtspunkt für diese unterschiedliche Bewertung ist aber nicht, wie Baumann annimmt, daß im Rechtsverkehr, der vom BGB geregelt wird, ein größeres Rechtssicherheitsbedürfnis bestehe als im Strafrecht. Eher das Gegenteil ist der Fall, wie sich aus dem Rechtsgedanken des Art. 103 II GG ergibt. Der wahre Grund liegt vielmehr, wie schon so oft, in der Wesensverschiedenheit beider Rechtsgebiete. Das StR, in dem die Vorwerfbarkeit menschlichen Handelns im Vordergrund steht, kommt mit einer so schematischen Regelung, wie sie das BGB trifft, nicht aus. Als Schuldstrafrecht erfordert es, will es seiner Aufgabe gerecht werden, eine mehr individualisierende Betrachtungsweise als das Zivilrecht. So wäre es

Fortsetzung siehe S. 88

tes, die als solche stets nachteilig ist, in der Lage sein soll, rechtswirksam einzuwilligen. Eine EW in eine Vermögensverletzung kommt de facto meist einer Vermögensverfügung gleich. Bedenkt man, daß der Minderjährigenschutz im Zivilrecht eine hervorragende Rolle spielt (so gibt es z.B. keinen guten Glauben in Bezug auf die Volljährigkeit eines Verfügenden), muß man auch in den Fällen der EW in Vermögensverletzungen die §§ 104 ff. BGB entsprechend heranziehen, will man sich nicht zu diesen Vorschriften in einen Wertungswiderspruch setzen.[10)]

Welche Anforderungen an den Einwilligenden bei der Verletzung von Persönlichkeitsgütern zu stellen sind, kann bei den auch innerhalb der Persönlichkeitsgüter bestehenden Unterschieden - so können etwa Persönlichkeitsgüter umlauffähig werden (Immaterialgüterrechte) - nicht einheitlich entschieden werden; wir müssen uns daher im Allgemeinen Teil mit Anhaltspunkten begnügen.[11)]

---

9) Fortsetzung von S. 87:
etwa kaum verständlich, weshalb der Täter, soweit der Verletzte unmittelbar vor Vollendung seines 21. Lebensjahres stand, strafbar sein soll, ein paar Tage später jedoch nicht mehr. Teilweise ähnlich Geilen 63.

10) Dabei dürfte, was Lenckner 456 und Traeger 149 übersehen, die Vorschrift des § 110 BGB nur selten Anwendung finden, da auch die freie Überlassung von Gegenständen, z.B. Geldmitteln, im allgemeinen nur zu einem vernünftigen Zweck erfolgt (Palandt § 110, 2; RGZ 74, 225), eine solche aber in der Zerstörung von Vermögenswerten kaum zu finden sein wird.

11) Boehmer (706) glaubt, wie die hier vertretene Meinung auch keine allgemeingültige Antwort für alle in Betracht kommenden Rechtsgüter geben zu können.

Fortsetzung siehe S. 89

Entscheidend wird dabei sein, ob das in Frage stehende jeweilige Rechtsgut von überwiegend persönlichkeitsrechtlicher Struktur ist oder ob es mehr immaterialgüterrechtliche Züge trägt. Bei Doppelnatur kann es von Bedeutung sein, ob es möglich ist, das Recht sauber und klar in persönlichkeitsrechtliche und immaterialgüterrechtliche Komponenten zu trennen, oder aber, ob es sich um eine untrennbare Gemengelage von persönlichkeitsrechtlichen und immaterialgüterrechtlichen Bestandteilen handelt. Wichtig ist ferner die Intensität des durch die Verletzungshandlung herbeigeführten Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht des Verletzten.

Allgemein wird man sagen können, je mehr persönlichkeitsrechtlichen Charakter das verletzte Rechtsgut hat, um so eher wird man verlangen müssen, daß der Minderjährige, aber einsichtsfähige Verletzte jedenfalls mit einwilligen muß und die EW seines gesetzlichen Vertreters für sich alleine noch nicht genügt. Bei solcher, die Persön des Minderjährigen besonders berührenden

---

11) Fortsetzung von S. 88:
Seiner Ansicht nach sei bei der Frage, ob die §§ 106 ff. Anwendung finden, auf zwei Gesichtspunkte abzustellen, nämlich darauf, ob es sich um Vorgänge des Vorstellungs- oder des Gefühls- oder des Willenslebens handelt, sowie ob die Tatsache ihrer rechtlichen Funktion nach mehr rechtsgeschäftlichen oder mehr deliktischen oder quasideliktischen Charakter hat. Mit seinem zweiten Gesichtspunkt steht er der hier vertretenen Auffassung nahe, welche Bedeutung dagegen dem ersten im Zusammenhang mit der EW zukommen soll, ist mir nicht klar, Bei einer EW handelt es sich meiner Ansicht nach stets um eine Tatsache des Willenslebens.

Entscheidung muß dem Minderjährigen wenigstens ein Mitspracherecht eingeräumt werden. Dieses Ergebnis erscheint auch im Hinblick auf Art. 2 I GG geboten. Was dabei die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters anbetrifft, ist diese wiederum eher entbehrlich, wenn es sich um einen unbedeutenden Eingriff dreht, als wenn es sich um einen solchen von erheblicher Intensität handelt. Im letzteren Fall wird das Personensorgerecht der Eltern in erheblichem Maße berührt, im ersteren Fall dagegen kaum, so daß die Verweigerung der Einwilligung der Personensorgeberechtigten in eine mit Billigung des einsichtsfähigen Minderjährigen vorgenommene Verletzung sich evtl. als Mißbrauch darstellen kann und daher durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden kann. Unter Umständen ist die EW des Personensorgeberechtigten überhaupt nicht notwendig.

Soweit es sich um ein rein immaterialgüterrechtliches Recht handelt, wird der EW meist Verfügungscharakter zukommen, so daß eine analoge Anwendung der §§ 104 ff. BGB geboten erscheint; hier kann die EW der gesetzlichen Vertreter fast nie ersetzt werden.

Bei Doppelnatur des Rechts gilt, soweit sich eine Trennung zwischen persönlichkeitsrechtlichen Komponenten und immaterialgüterrechtlichen durchführen läßt, das hinsichtlich der Persönlichkeitsrechte und der Immaterialgüterrechte Gesagte entsprechend, wenn der Schwerpunkt der Verletzungshandlung nur in einem dieser beiden Sektoren liegt. Besteht bei Doppelnatur des Rechts dagegen nicht die Möglichkeit einer Grenzziehung zwi-

schen immaterialgüterrechtlichen und persönlichkeitsrechtlichen Bestandteilen, so wird sowohl die EW des gesetzlichen Vertreters, und zwar gleichermaßen die des Personensorgeberechtigten wie die des Vermögenssorgeberechtigten, notwendig sein, außerdem aber noch die EW des einsichtsfähigen Minderjährigen.[12]

Fraglich erscheint, ob, soweit die EW des Minderjährigen allein noch nicht rechtlich relevant ist, die

---

12) Ähnliches wie für die EW gilt in diesem Zusammenhang auch für die von der EW zu trennende vertragliche Rechtfertigung einer Verletzungshandlung (siehe hierzu auch § 16 der Arbeit), die allerdings einen nicht so weiten Anwendungsbereich im Bereich der Persönlichkeitsverletzung hat wie die EW (allerdings nur theoretisch, praktisch kommt sie bei Immaterialgüterrechten häufiger vor). Die §§ 104 ff. BGB werden vornehmlich den Rechten mit persönlichkeitsrechtlichem Charakter nicht gerecht. Die hohe Wertschätzung, der sich die Persönlichkeit des einzelnen, vor allem seit Erlaß des GG, erfreut und die besonders durch die Garantierung einer weitgehenden Freiheitssphäre den einzelnen bedingt ist, läßt es unserem heutigen Rechtsgefühl als nicht gerechtfertigt erscheinen, wenn etwa der gesetzliche Vertreter eines minderjährigen, aber einsichtsfähigen Urhebers, dessen Werk ohne seine Zustimmung veröffentlichen könnte. Hier ist heutzutage quasi schon in der Natur der Sache vorgezeichnet, daß auch der Minderjährige in die Veröffentlichung einwilligen muß (siehe hierzu neuestes Art. Kaufmann, Jus. 69, 9). Folgt man der hier vertretenen Ansicht hinsichtlich der an den Einwilligenden zu stellenden Anforderungen, so ergibt sich die Unmöglichkeit einer generellen Anwendung der §§ 104 ff. bezüglich der vertraglichen Rechtfertigung bei diesen Rechten bereits aus einem arg. a maiore ad minus. Wenn das Persönlichkeitsrecht nicht einmal eine nicht bindende Rechtfertigung ohne EW des Minderjährigen zuläßt, dann erst recht nicht eine bindende vertragliche Rechtfertigung.

nach der Tat ausgesprochene Genehmigung des gesetzlichen Vertreters analog § 108 die EW wirksam macht und somit die Rechtswidrigkeit ausschließt.[13]

Man wird dies bejahen müssen. Bei EW des Minderjährigen fehlt es an einem real vorhandenen Interesse. Wenn dennoch die EW des Minderjährigen nicht erheblich ist, so beruht dies darauf, daß das Gesetz den Minderjährigen schützen will. Hat aber der gesetzliche Vertreter zugestimmt, so wird gemäß dem in den §§ 106 ff. zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken angenommen, daß es eines Schutzes für den Minderjährigen nicht mehr bedarf. Dabei kann es nicht von Bedeutung sein, ob die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters vorher oder nachher erfolgte.[14]

Bedenken daraus, daß die hier vertretene Ansicht im Ergebnis dazu führt, daß es dem Belieben des gesetzlichen Vertreters überlassen bleibt, ob die Tat gerechtfertigt ist oder nicht, haben im Zivilrecht, im Gegensatz zum Strafrecht, keine Berechtigung. Das zi-

---

13) So die Rechtsgeschäftstheorie, etwa Zitelmann 63; ferner Geerds 234.

14) Das gilt genau so für Persönlichkeitsrechte wie für Vermögensrechte. Die §§ 104 ff. bezwecken den Minderjährigenschutz. Dabei sind allerdings gewisse Vorschriften, so z.B. § 106 BGB, im Hinblick auf die Sicherheit des rechtsgeschäftlichen Vertreters erlassen. Die Übertragung dieser Grundsätze auf die EW kommt dementsprechend, wie wir oben sehen konnten, nicht vorbehaltlos in Betracht. Da es sich bei § 108 BGB jedoch um keine derartige Vorschrift handelt, sie vielmehr ausschließlich aus dem Gedanken des Minderjährigenschutzes motiviert ist, bestehen keine Bedenken gegen die Anwendung des § 108 BGB auf die EW.

vilrechtliche Unrecht ist Erfolgsunrecht, nicht Handlungsunrecht. Da mit der Bejahung der zivilrechtlichen Rechtswidrigkeit kein Vorwurf gegenüber dem Täter ausgesprochen wird, ist die analoge Anwendung des § 108 BGB unbedenklich.

Das gilt um so mehr, als, wie noch zu zeigen, im Zivilrecht eine bedingte EW sehr wohl zufüllig ist. Dann muß auch eine Rechtsbedingung wie § 108 BGB möglich sein.[15)]

§ 14 Die Möglichkeit einer Stellvertretung bei der EW

Zur Lösung der angeschnittenen Problematik wird man mit der herrschenden Meinung unterscheiden müssen, ob es sich um die Möglichkeit einer gesetzlichen oder einer gewillkürten Stellvertretung handelt.[1)] Es wird sich ferner eine wenn auch grobe Differenzierung nach der Art des verletzten Rechtsguts als geboten erweisen. Diese dürfte dahin zu treffen sein, ob es sich um Vermögensgüter oder um höchstpersönliche Rechtsgüter, wie z.B. den Körper, handelt.

---

15) Insbesondere steht § 111 BGB der hier vertretenen Ansicht nicht entgegen (siehe § 15).

1) Hónig 169; Traeger 152.

Die Möglichkeit einer gesetzlichen Stellvertretung[2) 3)] bei der EW in die Verletzung von Vermögensgütern ergibt sich bereits aus einem praktischen Bedürfnis. Ohne sie wäre in Bezug auf Rechtsgüter, die einem nicht Volljährigen zuzurechnen sind, eine EW nie denkbar. Das müßte aber zu merkwürdigen Konsequenzen führen. Das zeigt folgendes Beispiel: Einem Minderjährigen gehört ein kleines Häuschen; an dessen Stelle soll ein größeres Gebäude gesetzt werden, wozu der Abriß des kleinen Häuschens notwendig ist. Dieses Vorhaben wäre, soweit man eine gesetzliche Stellvertretung für nicht möglich hält, nicht zu verwirklichen; der Ausführende würde sich stets wegen Sachbeschädigung schadensersatzpflichtig machen.

---

2) Holer 106; Honig 169 f.; Lenckner 457; Noll 126; Renner 47; Traeger 152; Zitelmann 62; a.A. Firnhaber 14; Geerds 69, a.A. aber 234 für das Zivilrecht; Keßler 104; Mezger 280.

3) Wenig einleuchtend erscheint mir, wenn Geerds (69) die gesetzliche Stellvertretung bei der strafrechtlichen EW für unzulässig ansieht, die rechtfertigende Wirkung hier vielmehr aus der elterlichen Gewalt ableiten will, im Zivilrecht die gesetzliche Stellvertretung bei der EW dagegen sehr wohl für möglich hält. Ob derartige terminologische Unterscheidungen, um etwas anderes handelt es sich letzten Endes nicht, mit der Wesensverschiedenheit der zivilrechtlichen und strafrechtlichen EW zu begründen sind, wage ich zu bezweifeln. - Der Versuch, aus dem Begriff "EW" heraus bereits die Möglichkeit einer gesetzlichen Stellvertretung zu leugnen (Geerds 68), vermag wegen seines überspitzten Wortformalismus nicht zu überzeugen. Geerds (235) ist zudem inkonsequent, wenn er diesen Überlegungen bei der zivilrechtlichen EW keinen Platz schenken will.

Die andere Ansicht, die die Möglichkeit einer Stellvertretung hier zu leugnen müssen glaubt, dürfte im übrigen im Prinzip auf das gleiche hinauskommen, indem sie die Möglichkeit einer rechtfertigenden EW aus der elterlichen Gewalt, insbesondere aus der diesen übertragenen Vermögenssorge ableiten muß. Letzten Endes handelt es sich also nur um eine terminologische Streitigkeit, wobei der andere Ausdruck dieser Auffassung mehr oder weniger von ihrer Gegnerschaft zur Rechtsgeschäftstheorie inspiriert ist.

Auch die Zulässigkeit gesetzlicher Stellvertretung bei der EW in Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter ergibt sich bereits aus praktischen Erwägungen. Man denke hier an den Fall einer ärztlichen Operation an einem Minderjährigen. Sieht man, wie es die herrschende Auffassung im Zivilrecht tut, die Operation als eine Körperverletzung an, so kann diese nur durch die EW der gesetzlichen Vertreter, also der Eltern bzw. des Vormunds, gerechtfertigt werden.[4] [5] Ob man die von diesen erteilte EW als einen Akt der Stellvertretung oder als einen Ausfluß der elterlichen Gewalt ansehen will, ist auch hier mehr oder weniger ein Streit um Worte. Man muß sich allerdings vor Augen halten, daß zu einer Stellvertretung hier, im Gegensatz zu der EW bei Vermögensrechten, nur der Personensorgeberechtig-

---

4) Honig 170.

5) Siehe hierzu auch S.156 ff

te befugt ist.[6] [7] Da man, soweit von gesetzlicher Stellvertretung die Rede ist, im allgemeinen an den Vermögenssorgeberechtigten denkt, empfiehlt es sich, zur Vermeidung von Mißverständnissen hinsichtlich des zur EW Zuständigen besser nicht von einer Stellvertretung zu sprechen (bei der es sich um eine Rechtsfigur handelt, die vom Gesetzgeber in erster Linie für die Abwicklung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs entworfen wurde und daher in diesem Bereich vornehmlich ihre Wirksamkeit entfaltet), sondern von einem Akt des Personensorgerechtes.

Bei der Verletzung von Vermögensrechten muß man eine gewillkürte Stellvertretung aus Erfordernissen des Rechtsverkehrs heraus ebenfalls zulassen,[8] da ohne sie eine reibungslose Abwicklung desselben[9] praktisch un-

---

6) Engisch 43; a.A. Lenckner 488 mit der Begründung, es handele sich bei der EW um eine Rechtshandlung. M.A. nach ist das reinste Begriffsjurisprudenz; wenn die Entscheidung darüber, ob an dem Minderjährigen eine Operation vorgenommen werden soll, kein Akt der Personensorge ist, dann fragt sich,was überhaupt ein Akt der Personensorge sein soll; zudem handelt es sich bei der EW um keine der üblichen Rechtshandlungen, wie wir oben sehen konnten, so daß sich aus der Rechtsnatur der EW noch keine Schlüsse ableiten lassen.

7) Die rechtfertigende Wirkung der EW der Eltern in maßvolle Züchtigungen ihrer Sprößlinge durch Dritte erklärt sich aus teilweiser Übertragung des Personensorgerechts auf diese, so Lenckner 452; Traeger 153.

8) Noll 124; Traeger 151.

9) Siehe auch Beispiel Traeger S. 152.

möglich wäre.[10] Man denke sich obiges Beispiel etwas abgeändert: Eigentümer des Grundstücks sei ein Millionär, dem daneben noch hunderte andere Grundstücke gehören. Hier kann der zuständige Verwalter, der vielleicht Generalvollmacht hat, sicher für seine Geschäftsherren wirksam einwilligen. Warum sollte es auch einem Vertreter möglich sein, mit Wirkung für seinen Auftraggeber über Gegenstände rechtsgeschäftlich zu verfügen, ihm dagegen das Minus, nämlich eine EW in eine Vermögensverletzung bei Beibehaltung der Rechtszuständigkeit verwehrt sein. Man wende nicht ein, die EW in die Verletzung sei im Gegensatz zur Verfügung für den Verletzten meist nachteilig. Das ist unrichtig, denn die abstrakte Verfügung über einen Gegenstand ist wie die Verletzung eines Rechts stets nachteilig; zudem ist es z.B. einem Prokuristen durchaus möglich, auch obligatorisch nachteilige Geschäfte für seinen Geschäftsherrn zu tätigen.

Schwierig zu beantworten ist die Frage, ob eine gewillkürte Stellvertretung bei der EW auch dann möglich

---

10) Geerds (235) will im Zivilrecht die gewillkürte Stellvertretung bei der EW zulassen, im Strafrecht dagegen nicht (68).
Abgesehen davon, daß ein Grund für eine derartige Differenzierung nicht ersichtlich ist (siehe oben A 3), muß diese Ansicht schon deshalb abgelehnt werden, weil sie zu sachlich untragbaren Ergebnissen führt. Nachdem hier, anders als bei der gesetzlichen Stellvertretung, ein Zurückgreifen auf "Rechtfertigungsgründe" wie die elterliche Gewalt u.ä. (Geerds 68) ausscheidet, wäre die Konsequenz dieser Auffassung, daß der Täter bei gewillkürter Stellvertretung zwar zivilrechtlich rechtmäßig, strafrechtlich dagegen rechtswidrig gehandelt hätte. Daß dies unmöglich richtig sein kann, versteht sich von selbst und braucht wohl nicht näher ausgeführt zu werden.

ist,[11] wenn es sich um die Verletzung von Persönlichkeitsrechten handelt. Eine allgemeine Antwort kann hier meiner Ansicht nach nicht gegeben werden. Je höchstpersönlicher das in Frage stehende Rechtsgut ist, und um so intensiver der Eingriff, um so weniger wird eine Stellvertretung möglich sein. Bei bestimmten persönlichen Rechtsgütern wird man sie bei schweren Eingriffen überhaupt nicht mehr für zulässig ansehen, so z.B. bei einer Operation.[12] Auch hier erfährt dieser Grundsatz aber in besonders gelagerten, extremen Fällen eine notwendige Durchbrechung. Halten wir uns vor Augen, daß oben eine gesetzliche Stellvertretung (!?) deshalb bejaht wurde, weil der noch nicht geschäftsfähige Verletzte seinerseits nicht in der Lage ist, rechtswirksam einzuwilligen, so leuchtet es ein, daß, wenn es dem Verletzten zwar theoretisch möglich ist, einzuwilligen, er sich aber in einer den

---

11) Prinzipiell wird die Zulässigkeit einer Stellvertretung bejaht von Noll 125; Renner 47; anders die ganze herrschende Auffassung, so Honig 159; Mezger 280; Traeger 151. Die Anhänger der Rechtsgeschäftstheorie müßten konsequenterweise eine Stellvertretung stets für zulässig halten, siehe Zitelmann 62.

12) Anders aber die Rechtsprechung, die hier, indem sie einen Aufklärungsverzicht für möglich hält, praktisch die Zulässigkeit einer gewillkürten Stellvertretung bejaht. Das erscheint mir, jedenfalls von ihrem Standpunkt aus, sie betrachtet auch den Heileingriff als Körperverletzung, als nicht richtig; das Ergebnis ist allerdings richtig, erklärt sich jedoch daraus, daß es sich bei dem Heileingriff um keine Körperverletzung handelt, der entscheidende Gesichtspunkt vielmehr die Frage ist, ob eine Verletzung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten vorliegt oder nicht.

Fällen der mutmaßlichen EW[13] vergleichbaren Situation befindet, auch hier die Möglichkeit einer gewillkürten Stellvertretung gegeben sein muß. Das ist z.B. dann der Fall, wenn der Verletzte die Wahrheit über seinen Zustand und über einen an ihm geplanten Eingriff nicht ertragen kann und daher die Entscheidung über einen an ihm vorzunehmenden Eingriff einem anderen überläßt. Voraussetzung für die Möglichkeit einer Stellvertretung ist aber stets, das soll hier noch einmal ausdrücklich betont werden, daß, soweit man die Entscheidung dem Verletzten überläßt, für diesen schwere Nachteile, insbesondere gesundheitlicher Art, zu befürchten sind und - nur insoweit besteht ein Bedürfnis nach Zulässigkeit einer gewillkürten Stellvertretung - die Verletzung daher im Interesse des Verletzten geboten ist, was praktisch nur bei dem ärztlichen Heileingriff zutreffen wird.[14] [15]

Noll hält eine gewillkürte Stellvertretung stets für möglich und will dies durch das folgende Beispiel be-

---

13) Ahrens, Geschäftsführung ohne Auftrag als Strafausschließungsgrund; Eichler, Handeln im Interesse des Verletzten als Rechtfertigungsgrund.

14) Erst recht kommt bei der vertraglichen Rechtfertigung solcher Eingriffe in höchstpersönliche Rechtsgüter - soweit ein solcher Fall praktisch überhaupt vorkommt - keine Stellvertretung in Frage.

15) Allgemein wird man sagen können, daß, soweit sich die Bejahung der Möglichkeit einer gewillkürten Stellvertretung als notwendiges Mittel zu einem rechtlich gebotenen Zweck erweist, sie auch zulässig sein muß. Die Anknüpfung an die allgemeine Zwecktheorie (siehe Binding Handbuch I, 792) erweist sich in diesem Fall als durchaus nützlich.

legen:[16] "Ein handlungsfähiger Sohn beauftragt seinen Vater, der Arzt ist, einem medizinischen Experiment, das er an sich vornehmen läßt und zu welchem Zweck er sich narkotisieren läßt, beizuwohnen und für den Fall, daß eine gewisse Komplikation eintreten, nach seinem Ermessen einen weiteren Eingriff zu gestatten oder abzulehnen." Nach der hier vertretenen Auffassung wäre eine gewillkürte Stellvertretung nicht möglich, da der Eingriff nicht im Interesse, das heißt zum Wohl des Sohnes erforderlich war. Nolls Beispiel vermag unsere Ansicht aber nicht zu widerlegen. Es handelt sich bei ihm in Wahrheit um keinen Fall der Stellvertretung, vielmehr liegt, soweit dem Sohn der weitere Verlauf eines eventuellen Eingriffs nach Eintritt der Komplikation bekannt war, die EW des Verletzten hinsichtlich der bei diesem Eingriff entstehenden Verletzungen vor. War der Sohn aber über die Folgen des weiteren Eingriffs nicht orientiert, so handelt es sich, da ihm durch die Narkose eine eigene EW nicht möglich war, tatsächlich um einen der mutmaßlichen EW zuordnenden Fall, wobei der Wille des Vaters Indiz für den zu vermutenden Willen des Sohnes war. Aus letzterem erklärt sich auch, daß Noll hinsichtlich der Reichweite der Vertretungsmacht des "Vertreters" weitgehende Einschränkungen machen muß, die im Widerspruch zu den allgemeinen Vertretungsgrundsätzen stehen.

Wurde oben, wenn auch mit gewissen Einschränkungen, für den Fall der Verletzung von Persönlichkeitsrechten

---

16) Noll 125.

die Möglichkeit einer Stellvertretung bei der EW bejaht, so fragt sich, wie weit im Einzelfall die Vertretungsmacht reicht bzw. reichen kann.

Bedeutsam wird diese Frage naturgemäß vor allem für die gesetzliche Vertretungsbefugnis. Bei der Verletzung von Vermögensrechten wird teilweise angenommen, daß der EW hier keine Schranken gesetzt seien, da der gesetzliche Vertreter auch zum Nachteil Minderjähriger unbegrenzt verfügen könne und sich hierdurch höchstens im Innenverhältnis schadensersatzpflichtig mache.[17] Andere wollen hiervon insoweit eine Ausnahme machen, als der Täter den Mißbrauch der Vertretungsmacht kennt.[18]

Nach Lenckner[19] soll eine mißbräuchlich erteilte EW in die Verletzung von Vermögensrechten stets unwirksam sein; er verweist dabei auf § 1641 BGB.

Meiner Ansicht nach ist die gesetzliche Vertretungsmacht hinsichtlich der EW in Vermögensverletzungen grundsätzlich unbeschränkt. Soweit sich die EW als Mißbrauch darstellt und dies auch dem Täter bekannt ist, ist die Tat in der Regel wegen Sittenwidrigkeit

---

17) Holer 106; Honig 169; Noll 129.
18) Traeger 152.
19) Lenckner 461.

rechtswidrig.[20] Die hier vertretene Auffassung kommt daher im Ergebnis, wenn auch mit anderer Begründung, auf die oben wiedergegebene Mittelmeinung hinaus. Nicht richtig sein kann die Auffassung Lenckners, da § 1641 BGB nur bezüglich des obligatorischen Schenkungsvertrags Bedeutung hat, eine Einschränkung hinsichtlich der dinglichen Verfügungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters aber tatsächlich nicht besteht, insoweit eine EW in eine Vermögensverletzung als Minus gegenüber einer Verfügung aber erst recht möglich sein muß.

Was die Verletzung von höchstpersönlichen Rechtsgütern anbetrifft, so ist nahezu einhellige Meinung,[21] daß hier eine mißbräuchlich erteilte EW, die nicht mehr durch das Personensorgerecht gedeckt ist, die Tat nicht zu rechtfertigen vermag. Auch dieses Ergebnis erklärt sich aus der Sittenwidrigkeit einer solchen Tat. Da nach unseren obigen über die Sittenwidrigkeit angestellten Überlegungen bei Körperverletzungen ein Verstoß gegen die guten Sitten eher als bei anderen Rechtsgütern anzunehmen ist, erklärt sich auch,

---

20) Ein ähnlicher Gedanke findet sich für den Bereich der Körperverletzung bei Bucher 239 f., wenn dort ausgeführt ist, daß die EW nur dann rechtserheblich ist, wenn sie unter Ausschaltung der subjektiven Willkür der objektiven Werthierarchie entsprechen müsse, da die Mißbräuchlichkeit der EW die gleichen Wirkungen habe wie die Sittenwidrigkeit der EW des Patienten selbst, siehe aber auch hierzu § 12 A 29 Ende.

21) Bucher 140; Engisch 43; Lenckner 460; Noll 127.

warum sich hier die herrschende Auffassung über die "Beschränkung der Vertretungsmacht" so einig ist, ohne sich freilich des wahren Grundes für dieses Ergebnis gewahr zu sein.

Soweit eine gewillkürte Stellvertretung zulässig ist, entscheidet der Vertretene über den Umfang der Vertretungsmacht, so daß sich hier erst gar keine Probleme ergeben können.

§ 15 Kann die Wirksamkeit der EW von einer Bedingung abhängig gemacht werden?

Die Frage, ob die Wirksamkeit der EW von einer Bedingung abhängig gemacht werden kann, wird in der Literatur nirgends näher behandelt. Offenbar wird hier stillschweigend vorausgesetzt, daß eine solche bedingte EW zulässig ist. Soweit jedenfalls auf diese Thematik eingegangen wird, wird positiv, im Sinn einer Bejahung dieser Möglichkeit, entschieden. So heißt es bei Zitelmann,[1] die Bedingung der EW stehe unter den allgemeinen Grundsätzen für Rechtsgeschäfte. Das würde bedeuten, daß eine bedingte EW sehr wohl in Frage kommt. Auch außerhalb der Rechtsgeschäftstheorie wird diese Ansicht vertreten, so z.B. von Geerds.[2]

---

1) Zitelmann 62; Flad 17.

2) Geerds 238.

Man wird im Zivilrecht dieser Ansicht zu folgen haben. Zwar ist die EW kein Rechtsgeschäft, weshalb eine unmittelbare Anwendung der §§ 158 ff. BGB ausscheidet, es bestehen aber keine Bedenken gegen die Zulässigkeit einer bedingten EW. Daß sich bei einer unter einer Bedingung erteilten EW erst nachträglich herausstellt, ob die Tat rechtmäßig oder nicht begangen wurde, spricht nicht hiergegen, da sich bei Fahrlässigkeitsdelikten meist erst später die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit seines Tuns erweist. Ebenso wie es dem Verletzten möglich ist, sein Interesse an dem geschützten Rechtsgut voll aufzugeben, muß ihm auch das Minus, die Interessenpreisgabe, nur unter bestimmten Bedingungen möglich sein. Es ist ein allgemeiner Rechtsgedanke, daß die Herbeiführung einer Rechtsfolge von einer Bedingung abhängig gemacht werden kann. Dieser Grundsatz hat gleichermaßen im öffentlichen wie im privaten Recht Anwendung gefunden. Die Gründe, die zur Bedingungsfeindlichkeit von Gestaltungsgeschäften führten, nämlich, daß, nachdem es dem von der Ausübung des Gestaltungsrechts Betroffenen nicht möglich ist, hierauf Einfluß zu nehmen, er dann wenigstens Klarheit hinsichtlich des Eintritts dieser Rechtsfolgen haben soll, treffen für die EW nicht zu, da hier, insoweit ähnlich wie bei einem Vertrag, die EW allein noch nicht rechtlich relevant ist, vielmehr erst in Verbindung mit der Verletzungshandlung, diese vorzunehmen oder zu unterlassen aber im Belieben des Täters steht. Schließlich spielt der Gedanke der Rechtsklarheit im Zusammenhang mit der EW, bei der es sich um keine der typischen Handlungen des rechtsgeschäftlichen Verkehrs handelt, keine so wichtige Rolle. Für die Zulässigkeit einer be-

dingten EW im Zivilrecht spricht im übrigen bereits ein praktisches Bedürfnis.

Zweifel könnten lediglich noch hinsichtlich der Zulässigkeit einer Potestativbedingung der Art bestehen, daß der Verletzte oder ein anderer nachträglich bestimmen sollen, ob die EW wirksam war oder nicht. Diese Bedenken haben aber im Zivilrecht, anders als im Strafrecht, keine Berechtigung. Da hier kein Vorwurfsurteil gegenüber dem Täter ausgesprochen wird, ist es nicht zu beanstanden, daß es hier der Willkür eines anderen überlassen wird, darüber zu bestimmen, ob die Tat rechtswidrig war oder nicht.

§ 16 Die Widerruflichkeit der EW

Den Grund für die rechtfertigende Wirkung der EW sahen wir in der Interessenpreisgabe des Verletzten. Diese muß im Augenblick der Tat vorhanden sein. Soweit der Verletzte vor Ausführung der Verletzung mit dieser einverstanden war, seine EW bei Begehung der Tat aber nicht mehr vorlag, bleibt die Tat rechtswidrig, da die vorherige EW keine Rechtswirkungen für sich allein hervorrief, im Zeitpunkt der Tat aber keine Interessenpreisgabe vorlag. Die heute herrschende Auffassung nimmt daher wie hier eine Widerruflichkeit der EW an.[1]

---

1) Geerds 84 und 234; Holer 81; Honig 149; Keßler 20; Mattern 46; Noll 132; Traeger 137.

Demgegenüber wird teilweise behauptet, daß die EW in die Verletzung von Vermögensrechten auch unwiderruflich sein könne. "Habe ich dem Gegner den Besitz meiner Sache, die er kraft des Vertrages gebrauchen oder verbrauchen oder von der er Früchte entnehmen darf, eingeräumt, so kann er nunmehr die Gebrauchs-, Verbrauchs-, Fruchentziehungshandlung vornehmen, selbst wenn ich widerspreche.[2] Bei diesen angeblichen Ausnahmen vom Grundsatz der Widerruflichkeit der EW handelt es sich aber in Wahrheit um keine der EW zuzuordnenden Fälle. Hier geht es vielmehr um die von der EW wohl zu scheidende rechtsgeschäftliche Begründung eines Eingriffsrechtes![3] [4] Diese ist übrigens nicht

---

2) Ähnlich v.Bar 61;Creifelds 53;Fischer 272;Zitelmann 46f;

3) Holer 81; Honig 150; Traeger 138. Honig 151 zählt dieser Gruppe aber zu Unrecht den Fall zu, daß ein Handwerker auf Grund eines Dienstvertrages eine Sachbeschädigung vornehmen darf. Hier handelt es sich um einen echten Fall einer EW, da der Handwerker aus dem Vertrag nur ein Recht auf Erhalt des Lohnes hat, nicht aber ein Recht auf Beschädigung der Sache; so richtig Firnhaber 65.

4) Eine neuere Auffassung will den Grund für die Rechtfertigung der Verletzung in Fällen dieser Art in einer dem Täter durch den Besitz eingeräumten Herrschaftsmacht sehen (so Firnhaber 73): "Die Einräumung der Herrschaftsmacht unterliegt insbesondere nicht den zivilrechtlichen Vorschriften über die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte. Vielmehr müssen für ihre Wirksamkeit die zur EW entwickelten strafrechtlichen Grundsätze gelten." Diese Ansicht ist abzulehnen, da das Besitzrecht, bei dem es überhaupt schon fraglich ist, ob es sich bei ihm wirklich um ein Recht handelt (siehe Larenz BT 386), kein Recht zur Vornahme von Verletzungshandlungen gewähren kann. Richtig ist nur so viel, daß auch in den Fällen, in denen dem Verletzten ein Recht auf Vornahme einer Verletzungshandlung zusteht, diese erst dann

Fortsetzung siehe S. 107

auf Vermögensrechte beschränkt, sondern kommt, wenn auch in geringerem Maße, bei persönlichen Rechtsgütern vor. So kann etwa der in den verkehrten Zug Eingestiegene zwischen den Stationen nicht die Notbremse ziehen, sondern muß auf Grund des mit der Bahn geschlossenen Beförderungsvertrages die insoweit vorliegende Freiheitsberaubung hinnehmen.[5] [6]

---

4) Fortsetzung von S. 106:
rechtmäßig ist, wenn der Täter auch im Besitz der verletzten Sache ist. Andernfalls begeht der Täter verbotene Eigenmacht. Hieraus folgt: Keineswegs vermag diese zusätzliche Rechtmäßigkeitsvoraussetzung aber allein schon zu rechtfertigen. Firnhabers Ansicht scheint mir auf der falschen Folgerung zu beruhen, daß aus der Tatsache, daß sich etwa der Verpächter einer Sache diese nach Ablauf der Pachtzeit nicht mit Gewalt aus dem Besitz des Pächters herausholen kann (§ 858 I BGB), bereits zu folgern sei, daß der Pächter nach wie vor die Sache rechtfertigend im Rahmen des Pachtrechts verletzen könne. Possesorische Ansprüche stehen aber bekanntlich auch einem Dieb zu! Firnhabers Ansicht würde auch zu praktisch unmöglichen Ergebnissen führen: Trotz Ungültigkeit des Pachtvertrages könnte der Pächter, so lange er noch im Besitz der Sache ist, diese beliebig verletzen , soweit er sich noch im Rahmen des Pachtrechts (!!!) hält. (Hier stellt Firnhaber doch wieder auf den Pachtvertrag ab, in dem verlangt wird, daß sich die Verletzungen im Rahmen des Pachtrechts halten.)

5) Ähnliches Beispiel auch bei Noll 132.

6) Renner 115 nimmt hier Rechtfertigung auf Grund Sozialadäquanz an, was aber jedenfalls im Zivilrecht nicht zu billigen ist, da es mit dem dortigen Unrechtsbegriff unvereinbar ist, siehe § 7. Hirsch will dies für den Eisenbahnverkehr aus einem Gewohnheitsrecht begründen, S. 116.

Der Unterschied zwischen der EW und der unter gewissen Voraussetzungen ebenfalls rechtfertigenden rechtsgeschäftlichen Verpflichtung des Verletzten zur Duldung einer Verletzungshandlung mag zwar auf den ersten Blick nicht ohne weiteres einzusehen sein, es bestehen aber eine Reihe gewichtiger Unterschiede zwischen diesen beiden Rechtsinstituten. Während die EW nur dann rechtlich bedeutsam ist, wenn der Täter die Verletzungshandlung vorgenommen hat, führt die vertragliche Verpflichtung des Verletzten bereits unmittelbar zu rechtlichen Folgen, indem sie ein Eingriffsrecht des Verletzers begründet. Die vertragliche Eingriffsgestattung folgt, im Gegensatz zur EW, den allgemeinen Regeln über Rechtsgeschäfte.[7] In bestimmten Fällen, in denen eine EW wohl möglich ist, kommt eine Rechtfertigung durch Vertrag dagegen nicht in Frage. Bei Rechten, die ein Besitzrecht mit beinhalten, wie es etwa beim Eigentum, dem Pfandrecht und Nießbrauch an Sachen der Fall ist, vermag die vertraglich zustande gekommene Eingriffsberechtigung, anders als die EW, nur dann zu rechtfertigen, wenn sich der Täter auch im Besitz der Sache befindet. Bei anderen Rechten, vornehmlich bei Persönlichkeitsrechten, spielt der Besitzgesichtspunkt zwar keine Rolle, auch hier deckt sich aber der Anwendungsbereich beider Rechtfertigungsgründe keineswegs immer. So kann bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen die jederzeit widerrufliche EW immer noch zulässig sein, während es die den Verletzten bindende vertrag-

---

7) Siehe etwa § 11 A 13.

liche Rechtfertigung, eben wegen dieser Bindungswirkung[8] bereits nicht mehr ist. Man denke hierbei etwa an Eingriffe in die körperliche Integrität; die rechtsgeschäftliche Begründung eines Eingriffsrechts ist in Fällen solcher Art in aller Regel nicht möglich, da sie gegen die guten Sitten verstoßen würde, dagegen kommt eine rechtfertigende EW durchaus noch in Betracht. - Oft werden übrigens beide Rechtfertigungsgründe nebeneinander vorkommen, so sind die Verletzungen einer Mietsache, soweit sie sich im Rahmen des § 548 halten, sowohl durch den Mietvertrag, wie auch meist durch die EW des Eigentümers bzw. Vermieters gerechtfertigt. Selbst in diesen Fällen wird aber die Unabhängigkeit und Selbständigkeit der beiden Rechtfertigungsgründe dann sichtbar, wenn der Vertrag, z.B. der Mietvertrag, aus irgendwelchen Gründen, etwa wegen Fehlens einer aus öffentlich-rechtlichen Gründen

---

8) Auch bei vertraglicher Rechtfertigung ergeben sich in bestimmten Fällen Ausnahmen von der Bindungswirkung, vornehmlich bei Persönlichkeitsrechten. Von der heute herrschenden Meinung wird über den Bereich des in § 35 VerlG geregelten Fall hinaus aus dem Persönlichkeitsrecht ein Widerrufsrecht anerkannt, wenn ein Werk nicht mehr der Überzeugung seines Urhebers entspricht und ihm deshalb die Verwertung des Werkes nicht mehr zugemutet werden kann (siehe Hubmann, Urheberrecht 175 und § 42 f. des Entwurfes der Bundesregierung zum Urheberrechtsgesetz, Drucksache IV/270 des deutschen BT, 4. Wahlperiode; ähnlich bereits § 35 Ref.Entwurf und § 38 Ministerialentwurf zum Urheberrechtsgesetz). Hierbei handelt es sich aber um Ausnahmen, die sich nur aus der besonderen Bedeutung, die heute den Persönlichkeitsrechten zukommt, erklären lassen; siehe hierzu auch weiter unten im Text.

erforderlichen Genehmigung, nichtig ist. Es ist dann immer noch eine Rechtfertigung durch die EW des Verletzten möglich.[9)]

---

9) Allerdings kann es auch hier vorkommen, daß aus bestimmten Gründen sowohl die EW als auch die vertragliche Gestattung nichtig sind. So werden bei Knebelungsverträgen meist der obligatorische Vertrag und das in seinem Gefolge vorgenommene Verfügungsgeschäft nichtig sein (siehe hierzu Palandt § 138, 5a, bb; BGH NJW 52, 1169), so daß eine vertragliche Rechtfertigung eventueller Eigentumsverletzungen nicht in Frage kommt, aber auch eine Rechtfertigung durch EW ist jedenfalls dann nicht möglich, wenn der Verletzte glaubt, auf Grund des Vertrages zur Duldung der ihm zugefügten Vermögensverletzungen verpflichtet zu sein, da hier die EW durch eine Drohung herbeigeführt wurde, die darin zu finden ist, daß er befürchten mußte, bei Nichterfüllung des Vertrags vom Vertragsgegner haftbar gemacht zu werden. Soweit der Verletzte dagegen wußte, daß dem Vertrag keine Wirksamkeit zukommt, kommt eine rechtfertigende EW sehr wohl in Frage. Es geht zu weit, generell eine Abhängigkeit der Wirksamkeit beider Rechtfertigungsgründe bei gleichzeitigem Vorliegen in dem Sinn anzunehmen, daß mit der Unwirksamkeit des Vertrages auch die EW unwirksam ist, wie es von Larenz bejaht wird (Larenz BT 406). Auch dieser Ansicht muß zum Vorwurf gemacht werden, daß sie nicht genügend scharf zwischen EW und Rechtsgeschäft trennt, wenn auch nicht verkannt werden darf, daß u.U. die Wirksamkeit der EW durch die des Vertrages bedingt sein kann, eine solche Abhängigkeit muß aber erst jeweils im Einzelfall festgestellt werden. Daß aus der Tatsache, daß der Verletzte bei Erteilung der EW von der Wirksamkeit des Vertrages ausging, noch nicht auf sie geschlossen werden kann, wird leicht ersichtlich, wenn man sich vor Augen hält, daß bei der ähnlich gelagerten Problematik, inwieweit das dingliche Erfüllungsgeschäft von der Gültigkeit des zugrundeliegenden Kausalgeschäfts abhängig ist, von der herrschenden Meinung eine weitgehende Unabhängigkeit beider Rechtsgeschäfte angenommen wird. Die EW ist aber in einem ähnlichen Sinn abstrakt wie das dingliche Vollzugsgeschäft. Vielfach wird die EW deshalb auch

Fortsetzung siehe S. 111

Nachdem wir feststellen konnten, daß die EW des Verletzten jederzeit widerruflich ist, drängt sich die

---

9) Fortsetzung von S. 110:
in der Literatur mit der vom meist zugrundeliegenden Auftragsverhältnis scharf zu trennenden Vollmacht vergleichen (Fischer 279; Keßler 26). Näher zu liegen scheint mir demgegenüber die oben angedeutete Parallele zum Kausal- und Erfüllungsgeschäft, obwohl nicht verkannt werden darf, daß nur die äußere "EW" Erfüllung eines Vertrages sein kann, nicht dagegen die EW in dem Sinn, in dem wir sie auffassen, nämlich als Willenszustand. Eine Pflicht zu einem inneren Verhalten gibt es ja nicht. Trotzdem lassen es die noch bestehenden Ähnlichkeiten als naheliegend erscheinen, die von der Rechtsprechung dort herausgearbeiteten Erkenntnisse, freilich unter Berücksichtigung der Besonderheiten der EW für unser Problem nutzbar zu machen. Danach kann eine Verknüpfung von Vertrag und EW unter folgenden Gesichtspunkten möglich sein:

1. wegen einer Bedingtheit der EW durch die Gültigkeit des Vertrages;
2. aus dem Gesichtspunkt der Geschäftseinheit;
3. wegen eines dem Vertrag und der EW gleichermaßen anhaftenden Fehlers (Baur 35 ff.; Eichler, Institutionen 106 ff.; Westermann, Sachenrecht 23 ff.).

Zu 1.:
Dagegen, daß die Wirksamkeit des zugrundeliegenden Vertrages zur Bedingung für die Gültigkeit der EW gemacht wird, bestehen prinzipiell keine Bedenken. Wie wir bereits sehen konnten, ist eine bedingte EW sehr wohl möglich. Erst recht muß dies hier gelten, wo es sich meist nur um eine unechte Bedingung handeln wird (zur unechten Bedingung siehe Lehmann 267). Eine derart bedingte EW kommt allerdings in concreto nur dann in Frage, wenn sich der Einwilligende hinsichtlich der Gültigkeit des Vertrages im Zweifel befand. Die Annahme einer Bedingung darüber hinaus würde auf eine reine Fiktion hinauslaufen und ist daher abzulehnen. Selbst wenn aber eine solche Ungewißheit beim Einwilligenden vorlag, kann man hieraus noch nicht das Vorliegen einer derartigen Bedingung folgern, es kommt vielmehr auf den jeweiligen Willen

Fortsetzung siehe S. 112

Frage auf, ob der Täter verpflichtet ist, die sich aus der rechtmäßig vorgenommenen Handlung ergebenden

---

9) Fortsetzung von S. 111:
des Verletzten an. Bei einer Analyse dieses Willens wird man aber in Zweifelsfällen mit der Annahme einer Bedingtheit nicht so vorsichtig sein müssen, wie es bei einem dinglichen Vollzugsgeschäft erforderlich ist. Der Grund, der den Gesetzgeber dort zur Einführung des Abstraktionsgrundsatzes veranlaßt hat, der bei einer allzu großzügigen Annahme einer Bedingtheit weitgehend illusorisch gemacht werden könnte, nämlich der Schutz der Rechtssicherheit und -klarheit, in dem Zweifel am Bestand der causa sich nicht auf die Rechtszuständigkeit auswirken sollen, fällt ja hier ohnehin weg.

Zu 2.:
Die Anwendung des § 139 BGB auf EW und Vertrag scheidet aus. Selbst wenn man die EW als Rechtsgeschäft ansehen würde, so wäre es zumindest zweifelhaft, ob es mit ihrer abstrakten Natur vereinbar wäre, sie als Teil des Grundverhältnisses aufzufassen (Fischer 279). Das käme jedenfalls nur dann in Frage, wenn ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen beiden bestehen würde (siehe Westermann 27). Nachdem es sich bei der EW um kein Rechtsgeschäft handelt, scheidet § 139 BGB aber auf alle Fälle aus, da diese Vorschrift, deren Anwendungsbereich ohnehin sehr umstritten ist, jedenfalls nur auf Rechtsgeschäfte anwendbar ist (Lehmann 158; Palandt-Danckelmann § 139,2). Ein allgemeiner Rechtsgedanke kann in § 139 BGB nicht gesehen werden.

Zu 3.:
Der Gesichtspunkt der Fehleridentität bei EW und vertraglicher Rechtfertigung ist dagegen wiederum bedeutsam. Bei Vertrag und dem dinglichen Vollzugsgeschäft wird diese meist im Zusammenhang mit den §§ 119 II, 123, 134, 138 BGB für möglich gehalten. Für Vertrag und EW ergeben sich aus der Natur der EW allerdings gewisse Besonderheiten. So bewirkt das Vorliegen eines Anfechtungsgrundes hinsichtlich des Vertrages nur dessen Anfechtbarkeit, was die EW anbetrifft, führt es aber bereits zu deren Nichtigkeit. Die Nichtigkeit der vertraglichen Rechtfertigung trifft nur dann auch die EW, wenn die Tat

Fortsetzung siehe S. 113

Folgen, soweit sie auch in der Zukunft eine Beeinträchtigung des Verletzten mit sich bringen, auf Verlangen des Verletzten zu beseitigen.

Fälle dieser Art haben die Rechtsprechung[10] wiederholt beschäftigt. Meist handelte es sich dabei um die im Zusammenhang mit einem Vertrag erfolgte Gestattung der Errichtung eines Bauwerks auf dem Grundstück des Verletzten, wobei sich nachträglich dann die Nichtigkeit des Vertrags herausstellte und der Verletzte nunmehr vom Täter gemäß § 1004 BGB die Beseitigung des ihn störenden Bauwerks verlangte. Die Rechtsprechung ging dabei im allgemeinen dahin, daß zwar der Vertrag unwirksam gewesen sei und ihm daher keine rechtfertigende Wirkung zukommen konnte, daß aber wohl eine rechtfertigende EW vorgelegen hätte. Da die Verletzungshandlung somit rechtmäßig war, würde dem in seinem Eigentum Verletzten eine Duldungspflicht gemäß § 1004 BGB gegenüber dem Täter auch dann obliegen,[11] wenn er später, d.h. nach der Verletzungshandlung, seine EW widerrufen hatte.

---

9) Fortsetzung von S. 112:
trotz der EW gegen die guten Sitten verstößt. Die Sittenwidrigkeit bzw. Gesetzwidrigkeit der EW allein vermag deren Nichtigkeit noch nicht zu begründen.

10) RG JW 29, 744; RG 131, 336; RG 133, 296.

11) RG 131, 336; 133, 296; a.A. RG JW 29, 744. Die Literatur hat sich ganz überwiegend den Entscheidungen in Bd. 131 und 133 angeschlossen: Baur 92; Erman § 1004, 10b; Palandt 7; Planck 5b; RGRK A 69; Soergel-Siebert A 79; Staudinger VI, 3c; Westermann 186. Die Begründung hierfür stimmt, von Erman und Westermann abgesehen, mit der Rechtsprechung überein.

Die von der Rechtsprechung gegebene Begründung, daß aus einer rechtmäßigen Handlung des Verletzers kein Beseitigungsanspruch des Verletzten gegenüber dem Täter entstehen könne, hält einer näheren Prüfung nicht stand. Diese Ansicht würde jetzt einmal abstrakt formuliert darauf hinaus laufen, daß aus einer rechtmäßigen Handlung keine rechtswidrigen Zustände entstehen könnten, auch wenn sich nachträglich die Verhältnisse gegenüber den im Zeitpunkt der Tat vorliegenden geändert haben. Würde man auch im Zivilrecht den handlungsbezogenen Unrechtsbegriff des Strafrechts zugrundelegen, so würde sich die Unrichtigkeit dieser Hypothese sofort ergeben, ja hier könnten sogar dann rechtswidrige Zustände aus rechtmäßigen Handlungen vorliegen, ohne daß es gegenüber dem Zeitpunkt der Handlung zu irgendwelchen Veränderungen der Verhältnisse kam. Der sich ordnungsgemäß verhaltende Straßenverkehrsteilnehmer, der dennoch die Verletzung eines anderen Teilnehmers verursacht hat, hätte zwar rechtmäßig gehandelt, der durch ihn herbeigeführte Erfolg wäre aber rechtswidrig gewesen. Im Zivilrecht mit seinem erfolgsorientierten Unrecht trifft dieser Gesichtspunkt nun zwar nicht zu, hier ist eine Handlung vielmehr nur dann rechtswidrig, wenn auch ihr Erfolg rechtswidrig ist - aus einer Handlung im ontologischen Sinn kann allerdings auch hier auf Grund der Einschränkung des Kausalitätsbegriffs ein rechtswidriger Zustand entstehen - trotzdem kann es keinem Zweifel unterliegen, daß auch hier später hinzutretende Umstände den aus einer rechtmäßigen Handlung entstehenden Zustand nachträglich zu einem rechtswidrigen machen können, selbst dann, wenn der Täter nach der Handlung nichts weiter

in Bezug auf die Aufrechterhaltung des vom Verletzten nun unerwünschten Zustandes getan hat. Dies ergibt sich bereits aus der einfachen Überlegung, daß eine Handlungspflicht sich aus einer Vielzahl von Umständen ergeben kann, keineswegs nur aus vorangegangenem Tun, es ist deshalb möglich, daß, unabhängig von der vorangegangen Handlung, der Täter zu einem Tun verpflichtet ist, soweit er dieser Verpflichtung nicht nachkommt, liegt aber ein rechtswidriger Zustand vor. Das von herrschender Meinung angeführte Argument ist daher nicht stichhaltig. Bezeichnenderweise hat dann auch der BGH[12)] und ihm folgend die herrschende Lehre in einem ganz ähnlich gelagerten Fall die Möglichkeit der Hervorrufung eines rechtswidrigen Zustands durch eine rechtmäßige Handlung sehr wohl anerkannt. Es handelte sich dabei um Ehrverletzungen, die in Wahrnehmung berechtigter Interessen begangen wurden (§ 193 StGB), bei denen sich aber nachträglich herausstellte,

---

12) BGH NJW 58, 1043; NJW 59, 2012; JZ 60, 701 f.; so in derRechtsprechung früher schon RAG 19, 268; zweifelnd RG 163, 216; a.A. KG DRZ 50, 419; in der Literatur ist die herrschende Meinung dem BGH gefolgt, so Erman-Hefermehl § 1004,10a,Hubmann Jus 63,100; a.A. aber Westermann JZ 60, 695, der zwar der Entscheidung BGH JZ 60, 701 f. im Ergebnis zustimmen will, aber mit einer wesentlich anderen Begründung. Wenn er ausführt, die Rechtswidrigkeit eines aus einer rechtmäßigen Handlung entstehenden Zustands ließe sich nur schwer begründen, ohne daß ein konstitutiv wirkendes Ergebnis eintritt, so ist dies zwar richtig, er übersieht hierbei aber, daß hier das konstitutive Element eben gerade darin zu sehen ist, daß sich nachträglich die Unwahrheit der gemachten ehrverletzenden Äußerungen herausstellt. Es ist daher nicht notwendig, wie er es will, den § 193 StGB, wenn überhaupt als Rechtfertigungsgrund, dann nur als einen zeitlich begrenzten und situationsgebundenen anzusehen.

daß die gemachten ehrverletzenden Äußerungen tatsächlicher Art von vornherein unrichtig waren. Hier hat der BGH dem in seiner Ehre Verletzten gegenüber dem Täter einen Beseitigungsanspruch analog § 1004 BGB in Gestalt eines Widerrufsrechtes eingeräumt.

Nachdem in den uns hier interessierenden Fällen die tatsächlichen Umstände insoweit gegenüber dem Zeitpunkt der Handlung einer Änderung unterworfen waren, als zum damaligen Zeitpunkt noch eine EW des Verletzten bestand, dies jetzt aber nicht mehr der Fall ist, besteht in abstracto sehr wohl die Möglichkeit einer Beseitigungspflicht des Täters gegenüber dem Verletzten. Zu prüfen bleibt allerdings, ob eine solche Pflicht generell angenommen werden kann, oder ob es jeweils auf die konkrete Fallage ankommt. Dabei dürfte die Rechtsprechung in den in diesem Zusammenhang von ihr behandelten Fällen zu Recht einen Beseitigungsanspruch des Verletzten verneint haben. Das ergibt sich aus § 242 BGB.[13] Zwar war der zwischen dem Täter und dem Verletzten bestehende Vertrag unwirksam, wohl lag aber zwischen ihnen ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis vor. Nachdem der Täter das Bauwerk im Vertrauen darauf errichtet hatte, daß dies auch in Zukunft auf dem Grundstück stehen bleiben würde, verstößt es gegen Treu und Glauben, wenn der Eigentümer, der dem Täter die Erlaubnis zu dem Bau erteilt hatte und durch sein Verhalten in diesem auch die Hoffnung auf Fortbestand des vom Täter geschaffenen Zustands erweckt hatte, nun die Beseitigung des Baus, die meist mit erheblichen Kosten

---

13) So richtig Erman-Hefermehl § 1004, 10b.

verbunden sein dürfte, verlangen würde. Es würde gegen die Billigkeit verstoßen, wenn man in einem solchen Fall die nachteiligen Folgen der Veränderung einseitig auf den Handelnden abschieben würde.[14] Konnte im vorliegenden Fall zweifelhaft sein, ob man die Beseitigungspflicht des Verletzers deshalb verneinte, weil der Verletzte seinerzeit in die Handlung eingewilligt hatte oder aber deshalb, weil sich aus den zwischen den Parteien angebahnten Verhandlungen - etwa entsprechend den Grundsätzen der culpa in contrahendo - die Schadenstragungspflicht des Eigentümers ergab, so kann es doch nicht zweifelhaft sein, daß sich u.U. allein aus der EW des Verletzten bereits die Verneinung eines Beseitigungsanspruchs des Geschädigten ergeben kann. Man denke sich nur den obigen Fall etwas variiert. Der Täter hat nun aus Gefälligkeit den Kindern des Hauseigentümers mit dessen EW auf dessen Grundstück einen Sandkasten errichtet. Hier liegt sicher kein Vertrag vor, trotzdem kann kein Zweifel bestehen, daß der Eigentümer auch nach späterem Widerruf seiner EW vom Verletzer nicht die Beseitigung des Sandkastens verlangen kann.

Allgemein wird man sagen können: Soweit der Täter auf Grund des Verhaltens des Verletzten berechtigten Anlaß dazu hatte, anzunehmen, dieser würde auch in Zukunft mit dem durch die Handlung geschaffenen Zustand

---

14) Westermann JZ 60, 186.

einverstanden sein,[15] muß für die nach Widerruf noch bestehenden Beeinträchtigungen des Verletzten ein Beseitigungsanspruch des Verletzten gegenüber dem Täter meist verneint werden, da diesem Anspruch die Einrede der Arglist entgegenstehen würde. Bedeutsam ist bei der Beurteilung der hier interessierenden Frage aber auch, in wessen Interesse die Verletzungshandlung vornehmlich vorgenommen wurde, ob die Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes für den Verletzer mit größeren Schwierigkeiten verbunden wäre, ferner Art und Ausmaß des Interesses des Verletzten an der Beseitigung des ihn störenden Zustands. Dabei spielt auch die Natur des verletzten Rechtsguts eine wichtige Rolle. Soweit es sich um Vermögensrechte handelt, wird die Verneinung des Beseitigungsanspruchs des Verletzten eher tragbar erscheinen als dies bei Persönlichkeitsrechten der Fall ist. Letztere sind von Natur aus weitgehend der Verfügung des Rechtsinhabers entzogen, auch ein obligatorischer Verzicht auf Geltendmachung dieser Rechte ist, wie wir teilweise schon sahen und auch im folgenden noch sehen werden, nur in bestimmten Grenzen möglich. Die überragende Stellung, die der

---

15) Oftermatt (Dinglicher Beseitigungsanspruch und Duldungsanspruch 87, A 14) will dahin unterscheiden, ob die EW unter der Bedingung erteilt wurde, daß der Einwirkende im Fall des Widerrufs die Beeinträchtigung kostenpflichtig zu beseitigen habe oder nicht und kommt damit, bedenkt man, daß sich die Vereinbarung einer solchen Bedingung auch aus den jeweiligen Umständen, also als stillschweigend vereinbart, ergeben kann, der hier vertretenen Ansicht nahe.

Persönlichkeit des einzelnen im Rahmen unserer geltenden Rechtsordnung zukommt und die sich am eindrucksvollsten in der Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts praeter legem manifestiert hat, hat sogar dazu geführt, daß selbst bei vertraglich-obligatorischer Gestattung des Eingriffs in Persönlichkeitsrechte ein Widerrufsrecht des Rechtsträgers in zunehmendem Maße zugelassen wird, soweit durch die Fortdauer der Verletzung erhebliche Interessen der Persönlichkeit betroffen werden und es dieser nicht zugemutet werden kann, diese Verletzungen auch in Zukunft hinzunehmen.[16] Es liegt daher nahe, daß der in seinen Persönlichkeitsrechten Verletzte, soweit er seine EW widerruft, auch hier oft die Beseitigung der sich aus der rechtmäßig vorgenommenen Handlung ergebenden Beeinträchtigungen verlangen kann und nicht wegen seiner EW verpflichtet ist, diesen Zustand auch in Zukunft hinzunehmen. Bezeichnenderweise handelt es sich bei dem oben angeführten BGH-Urteil, in dem eine Beseitigungspflicht des Täters in Form einer Widerrufspflicht bejaht wurde, obwohl der Täter die Handlung seinerzeit auch rechtmäßig begangen hatte, um den Fall einer Ehr- und somit Persönlichkeitsrechtsverletzung.[17]

---

16) Siehe Anm. 7.

17) Eine andere Frage soll hier zur Vermeidung von Mißverständnissen noch angeschnitten werden. Wie wir in § 13 sehen konnten, wurde dort hinsichtlich der Frage, welche Altersanforderungen an den Einwilligenden zu stellen sind, bezüglich bestimmter Rechte eine analoge Anwendung der §§ 107 ff. BGB bejaht. Damit könnte es dann auch naheliegen, hinsichtlich des Widerrufs der EW aus § 107 BGB zu folgern, ein Minderjähriger könne die EW bereits widerrufen, da der Widerruf der abstrakten EW als

Fortsetzung siehe S. 120

§ 17 Vermag die nachträgliche Zustimmung des Verletzten zu der Tat die Rechtswidrigkeit auszuschließen?

Die EW muß im Zeitpunkt der Handlung vorliegen, eine nachträgliche Handlung, in der Terminologie des BGB also eine Genehmigung, vermag dagegen nach ganz herrschender Meinung[1] das Unrecht einer Tat nicht auszuschließen.[2] Die als Begründung für die gegenteilige

---

17) Fortsetzung von S. 119:
solcher nur Vorteile bringe. Gegen diese Ansicht spricht aber entscheidend die Verschiedenheit von EW und Rechtsgeschäft. Der Schutzgedanke, der den §§ 107 ff. BGB zugrundeliegt und der uns oben zur Bejahung der Analogie kommen ließ, erfordert im Gegenteil, daß der Minderjährige nicht durch sein Veto die Einwilligungsmöglichkeit des gesetzlichen Vertreters blockieren kann. Nur bei Persönlichkeitsrechten kann der einsichtsfähige Minderjährige durch den Widerruf seiner EW dieser bereits die rechtfertigende Wirkung nehmen (siehe S. 88).

1) So für viele: Ahrens 63 ff.; Fischer 278 f.; Geerds 241; Gerland 506 f.; Zitelmann 99 f.; Tuhr 469; RGSt 25, 383.

2) Dagegen vermag eine Ablehnung der rechtfertigenden Genehmigung mit der Begründung, es gehe nicht an, die Willkür eines einzelnen nachträglich über die Rechtmäßigkeit des Verhaltens eines anderen entscheiden zu lassen, nicht zu überzeugen (so aber Noll 130). Dieser Gesichtspunkt ist im Strafrecht zutreffend. Hier wäre es in der Tat untragbar, einer Privatperson die Möglichkeit einzuräumen, den entstandenen öffentlich-rechtlichen Strafanspruch des Staates nachträglich zu vernichten (so richtig Ahrens 38 und RGSt 25, 383); im Zivilrecht, in dem es um private Ansprüche geht, besagt dieses Argument nichts. Hier ist, wie wir bereits oben (§ 13 Schluß) sehen konnten, eine Genehmigung der EW des Minderjährigen durch den gesetzlichen Vertreter

Fortsetzung siehe S. 121

Auffassung herangezogene Parallele zu § 184 BGB[3] scheitert, ganz abgesehen davon, daß es an der für eine Analogie erforderlichen Rechtsähnlichkeit zwischen der hier interessierenden Genehmigung und der dort gemeinten fehlt - die in § 184 BGB gemeinte Genehmigung ist ein Rechtsgeschäft und erfolgt auch hinsichtlich eines Rechtsgeschäfts, während es hier um die nichtrechtsgeschäftliche Genehmigung einer tatsächlichen Handlung geht[4] - auch daran, daß durch § 184 BGB zwar fingiert wird, daß die Verfügung des Nichtberechtigten von Anfang an unwirksam war, daß dem § 184 BGB aber keineswegs die Bedeutung beigemessen werden kann, daß aus der ursprünglich rechtswidrigen Tat nachträglich durch Genehmigung des Berechtigten bzw. Verletzten eine rechtmäßige wird.[5]

Schließlich paßt die ratio legis des § 184 BGB auch insoweit nicht auf die uns interessierenden Fälle, als

---

2) Fortsetzung von S. 120:
analog § 108 BG möglich. Bei der Anfechtung eines rechtfertigenden Vertrages wird eine ursprünglich rechtmäßige Handlung sogar nachträglich zivilrechtlich rechtswidrig. Aus letzterem Grund geht auch die Argumentation Geerds (235) fehl, der aus dem Wesen der Rechtswidrigkeit folgern will, daß diese nicht rückwirkend hergestellt bzw. beseitigt werden könne, dies aber nicht einmal konsequent durchhält, wenn er auf die zivilrechtliche EW den § 108 BGB analog anwenden will: Auch ihm muß zum Vorwurf gemacht werden, zwischen zivilrechtlicher und strafrechtlicher Rechtswidrigkeit nicht genügend zu differenzieren, obwohl auch er Unterschiede zwischen strafrechtlicher und zivilrechtlicher EW anerkennt (234 ff.).

3) So Oftermatt 87.

4) Siehe Zitelmann 100.

5) Ahrens 65; Zitelmann 101.

diese dahin geht, im Interesse eines reibungslosen Ablaufs des Geschäftsverkehrs, insbesondere aus Gründen der Rechtssicherheit, denjenigen gegenüber dem verfügt wurde so zu stellen, als habe er von Anfang an vom Berechtigten erworben. Insoweit kann § 184 BGB auf der gleichen Linie mit § 892 BGB genannt werden. Dieser Gesichtspunkt des Verkehrsschutzes hat aber hinsichtlich der Genehmigung tatsächlicher Handlungen keinerlei Bedeutung.[6)]

Die Möglichkeit eines nachträglichen Ausschlusses der Rechtswidrigkeit durch die Genehmigung des Verletzten und der hierdurch bewirkte Ausschluß der Schadensersatzpflicht des Täters würde schließlich dem allenthalben im Zivilrecht zum Ausdruck kommenden Gedanken widersprechen, daß niemandem ohne seinen Willen etwas zugewandt werden kann (siehe §§ 397, 516 ff. BGB).[7)] Selbst § 184 BGB fügt sich in diese Regel ein, da ihm, wie wir oben schon betonten, für das Innenverhältnis zwischen Berechtigtem und Nichtberechtigtem keine Aussage zu entnehmen ist.

Im übrigen besteht auch rechtspolitisch keinerlei Bedürfnis nach Zulassung einer rechtfertigenden Geneh-

---

6) Bei § 108 BGB steht dagegen der Schutz des Minderjährigen im Vordergrund, siehe S. 92 A 14.

7) Die analoge Anwendung des § 108 BGB steht mit diesem Grundsatz nicht in Widerspruch, da hier die Schadensersatzpflicht des Täters von vornherein durch die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters auflösend bedingt ist.

migung im Zivilrecht, da der Verletzte im Ergebnis weitgehend das gleiche erreichen kann, wenn er mit dem Täter einen Haftungsausschlußvertrag hinsichtlich des aus der Verletzung entstandenen Schadens abschließt, auch braucht er seinen Schadensersatzanspruch nicht geltend zu machen.

§ 18 Das Einverständnis

Wie bereits oben angedeutet wurde, gehorcht die tatbestandausschließende EW, das sogenannte Einverständnis, weitgehend anderen Regeln als die rechtfertigende EW. Da über die Frage, ob und wieweit bei einem Delikt das EV den Tatbestand auszuschließen vermag, nur der besondere Tatbestand Auskunft zu geben vermag, entzieht sich das EV weitgehend einer Systematisierung, wie sie bei der EW möglich war. Immerhin lassen sich bei bestimmten Fällen des EV gewisse Ähnlichkeiten feststellen, die es als gerechtfertigt erscheinen lassen, sie bereits hier, im allgemeinen Teil der Arbeit, zu behandeln.

Man kann die Delikte, bei denen ein EV in Frage kommt, in zwei Kategorien einteilen. Der ersten Gruppe gehören die Delikte an, die ein Handeln gegen den Willen des Verletzten voraussetzen. Angriffsobjekt ist hier der Wille des Verletzten. Der 2. Kategorie sind schließlich die Fälle zuzurechnen, in denen der zustimmende Wille des Verletzten in sonstiger Weise den Tatbestand

auszuschließen vermag; ein Beispiel hierfür ist, wie wir noch sehen werden, der Tatbestand der Ehrverletzung. Allgemeine Regelungen lassen sich nur für die erste Gruppe aufstellen.

In der Literatur wird von einer Mindermeinung entgegen der hier vertretenen Auffassung ein Unterschied zwischen EV und EW geleugnet,[1] bzw. nicht sauber zwischen beiden getrennt.[2] So liest man bei Traeger bezüglich der tatbestandsausschließenden EW:[3] "Aber alle Fragen bezüglich der Erfordernisse einer solchen sind hier dieselben wie bei denjenigen Verbrechen, wo die EW eine Frage der Rechtswidrigkeit der Handlung bietet, nicht schon eine Frage der Tatbestandsmäßigkeit. Es wäre ja auch mehr als sonderbar, wenn durch bloße Änderung der Fassung des Tatbestands die Schwierigkeiten, die die Frage nach den Erfordernissen der EW bereitet, ausgeschaltet werden könnte."

Mit der herrschenden Auffassung ist diese Meinung abzulehnen.[4] Zu Traegers Argumentation ist folgendes zu

---

1) Holer 93; Traeger 140; Schrey 5.

2) Creifelds 43, 93; Herkert 73; Mahling 48. So nimmt etwa Herkert an, daß bei § 235 I StGB das EV der Sorgeberechtigten wegen Verstoßes gegen die guten Sitten unwirksam sei, ohne zu beachten, daß dieser Gesichtspunkt höchstens bei der rechtfertigenden EW bedeutsam werden könnte, und selbst hier nur dann, wenn die Tat (!) trotz der EW gegen die guten Sitten verstoßen würde.

3) Traeger 140; ihm wörtlich folgend Schrey 5.

4) Für viele Geerds 140; Kohlr.-Lange II 3a vor § 51; Noll 64 A 5; Renner 44; Schönke-Schröder III 7a vor § 51.

sagen: Daß der Gesetzgeber durch Äußerung des Tatbestands beliebig die Fälle der EW und des EV wechseln könnte, ist unrichtig. Der besondere Unrechtsgehalt, der einem EV zugänglichen Deliktes besteht darin, daß sie ein Handeln gegen den Willen des Verletzten begrifflich voraussetzen und erst hierdurch ihr spezifisches Gepräge bekommen;[5] von einer Nötigung kann man erst dann sprechen, wenn der Täter den Verletzten gegen dessen Willen zu etwas zwingt, eine Körperverletzung bleibt dagegen auch dann Körperverletzung, wenn sie mit Willen des Verletzten vorgenommen wird.

Der Unterschied zwischen EW und EV wird auch besonders dadurch deutlich, daß eine EW nur dann in Frage kommt, wenn es sich bei dem betreffenden Delikt um ein solches handelt, dessen Schutzobjekt der Verfügung des Verletzten unterliegt, was aber für das EV keineswegs notwendig ist.[6]

So schließt bei § 177 StGB das EV der Frau den Tatbestand aus, obwohl hier in erster Linie die allgemeine

---

5) So auch Geerds 118.

6) Man muß hier streng zwischen Angriffsobjekt und Schutzobjekt unterscheiden: Angriffsobjekt ist stets der Wille des Betroffenen, keineswegs muß derjenige aber auch Träger des Schutzobjekts sein, das dem betreffenden Tatbestand zugrundeliegt. Das verkennen Holer 102 und Schlosky 20; gegen sie mit Recht Geerds 143 und Renner 45 A 11. Geerds drückt dies zutreffend dahin aus, daß für den Tatbestandsausschluß die EW des Angriffsobjekts entscheidend ist, für den Rechtswidrigkeitsausschluß dagegen die des Trägers des Schutzobjekts.

Sittlichkeit geschützt wird, über die die Verletzte sicher nicht verfügen kann.

Eine Gleichsetzung von EW und EV würde auch zu kaum tragbaren Ergebnissen führen. So wäre eine Nötigung nur gegenüber einem genügend Urteilsfähigen möglich. § 237 StGB wäre nahezu nie anwendbar, da das Einverständnis der minderjährigen Frau jedenfalls bei der ersten Alternative des § 237 StGB in aller Regel der Tat nicht ihre Sittenwidrigkeit zu nehmen vermöchte, dann aber das EV unwirksam sein müßte, soweit man die oben für die EW gefundenen Regeln entsprechend anwenden würde.

Wie bereits ausgeführt, lassen sich für die erste Gruppe der dem EV unterfallenden Tatbestände bestimmte Gesetze aufstellen. Das EV braucht dem Täter nicht bekannt zu sein und auch nicht nach außen erklärt zu werden, um wirksam zu sein.[7)]

Willensmängel sollen nach ganz herrschender Meinung unbeachtlich sein, da das Gesetz nicht danach frage, wie der Wille des Verletzten motiviert sei, sondern nur auf dessen Vorhandensein abstelle.[8)] Meiner Ansicht nach kann das nicht in der Allgemeinheit gesagt werden, wie es getan wird. Ein Irrtum von der Art des § 119 II BGB führt auch beim EV zur Unwirksamkeit. Hier gilt gleiches wie für die EW; da die wesentlichen

---

7) Geerds 136; Renner 45.

8) So für viele Geerds 185 f. m.w.N.

Eigenschaften von Personen und Sachen Gegenstand des EV sind, besteht in Fällen solcher Art in Wahrheit gar kein EV. Wenn ich z.B. mit der Mitteilung von mein Privatleben anbetreffenden Tatsachen durch einen Journalisten in einer Zeitung einverstanden bin, hierbei aber davon ausgehe, daß dieser Journalist für ein angesehenes Zeitungsunternehmen arbeitet, tatsächlich dies aber nicht der Fall ist, so liegt trotz meines "EV" mit der Veröffentlichung eine Verletzung meiner Privatsphäre vor.

Dagegen ist ein durch Täuschung erlangtes EV stets wirksam - soweit sie nicht § 119 II unterfällt -, hier trifft die von der herrschenden Meinung gegebene Argumentation zu.[9] Werde ich etwa durch Täuschung dazu veranlaßt, meinen Besitz aufzugeben, so habe ich dennoch den Besitz mit Willen aufgegeben (siehe auch § 858 BGB).

Für das durch Drohung herbeigeführte EV gelten allerdings meiner Ansicht nach gegen die herrschende Ansicht[10] wiederum gewisse Ausnahmen von der Regel, daß beim EV Willensmängel unbeachtlich seien. Zwar ist prinzipiell ein durch Drohung herbeigeführtes EV wirksam, soweit die Drohung aber derart übermächtig ist, daß sich der Einwilligende praktisch nur noch dem Willen des Drohenden unterordnet, ohne einen eigenen Willen zu betätigen, erscheint das EV gar nicht

---

9) Geerds 184 ff.; Renner 45.

10) Geerds 198 m.w.N.

mehr als wahrer Wille des Verletzten, sondern kann nur dem Drohenden zugerechnet werden, man wird daher ein solches "EV" für unbeachtlich halten.[11] So ist verbotene Eigenmacht auch dann gegeben, wenn ich von einem Räuber mit vorgehaltener Pistole dazu gezwungen werde, ihm mein Geld zu übergeben. Auch hier liegt ein Besitzentzug ohne Willen des Besitzers vor.[12]

Die Sittenwidrigkeit von EW und Tat vermögen die Wirksamkeit des EV nicht auszuschließen.[13] Da das Angriffsobjekt der Wille des Verletzten ist, genügt, wenn dieser in der Lage ist, einen eigenen Willen zu bilden.[14] Die Fähigkeit zu eigenen Willensbildung hat

---

11) Ähnliches nimmt im übrigen auch die herrschende Ansicht im Strafrecht an, ohne sich dessen freilich stets bewußt zu sein, wenn sie bei der Abgrenzung zwischen Diebstahl und Betrug, soweit der Verletzte die Wegnahme duldet, danach unterscheidet, ob das Dulden das Ergebnis eines durch Irrtum erzeugten, im übrigen aber freien Willensentschlusses ist, dann Betrug, oder aber, ob der Täter etwa unter dem Schein einer Amtsausübung eine Beschlagnahme vortäuscht. Da hier kaum noch Möglichkeit zu einer eigenen Willensbestätigung, liegt trotz EV nach wie vor Diebstahl vor (siehe Schönke-Schröder § 263 A 43 m.w.N.). Auch im Zusammenhang der Abgrenzung Raub - Erpressung ergibt sich die gleiche Problematik.

12) So richtig OLG Freiburg JZ 52, 474, nach dem ein EV nur bei unwiderstehlichem psychischen Zwang nicht mehr vorliegt. Zu weit RG JW 28, 497; LG Kiel MDR 49, 366.

13) Geerds 199; Mayer 166; Renner 45; Schönke-Schröder III 7a vor § 51.

14) Geerds 140; Kohlrausch-Lange II 3a vor § 51; Renner 44.

aber normalerweise schon ein kleines Kind.[15] Schließlich ist beim EV eine Stellvertretung begrifflich ausgeschlossen, da im Zivilrecht bei den hier bedeutsamen Delikten immer auf das Wollen des Verletzten abgestellt ist. Ebenso wie die EW ist auch das EV stets widerruflich, da auch bei ihm auf den Augenblick der Tat abgestellt wird.

§ 19 Sonstige Wirkungen einer EW außerhalb des Anwendungsbereichs von tatbestandsausschließender und rechtfertigender EW

Bereits oben erfuhren wir, daß die EW des Verletzten, soweit ihr keine tatbestandsausschließende bzw. rechtfertigende Wirkung zukommt, im Rahmen des § 254 BGB[1] bedeutsam werden kann mit dem Ergebnis, daß der Schadensersatzanspruch des Verletzten gemindert, evtl. sogar ausgeschlossen sein kann. Auf die Problematik des § 254 BGB kann im Rahmen dieser Abhandlung nicht näher eingegangen werden; so viel sei daher hier nur kurz bemerkt, daß, nachdem auf den § 254 BGB die §§ 827,

---

15) Geerds 135; Holer 106; Renner 44.

1) Fischer 275 A 11; Flad 18; Zitelmann 87; Geerds 241; siehe Boehmer NJW 64, 33 und MDR 58, 77; Flume JZ 61, 605 ff.; Stoll 306, 316 BGH JZ 61, 603 ff.

828 BGB entsprechend angewandt werden,[2) 3)] dieser unter Umständen, selbst dann, wenn, wie z.B. bei Vermögensdelikten, volle Geschäftsfähigkeit für die EW nötig ist, zu einer Minderung des Schadensersatzanspruchs des zwar delikts- nicht aber geschäftsfähigen Minderjährigen führen kann. Interessant ist in diesem Zusammenhang noch, daß, da es sich bei § 254 um den Fall einer gesetzlich geregelten Obliegenheit handelt,[3a)] sich der Verletzte auch außerhalb eines bestehenden Schuldverhältnisses die EW des gesetzlichen Vertreters und anderer Hilfspersonen zurechnen lassen muß.[4)]

Neben § 254 BGB kann die EW auch noch in anderer Beziehung rechtserheblich sein. Durch sie kann ein Risiko über den Rahmen des Üblichen hinaus zulässig sein.[5)] Die EW vermag insoweit den Fahrlässigkeitsmaßstab zu verändern. Eine Handlung, die ohne EW einen Sorgfaltsverstoß darstellen würde, ist dies bei EW des Verletzten unter Umständen nicht mehr. Man spricht hier gern vom Rechtfertigungsgrund des erlaubten Risikos.

---

2) So für viele Flad 18; Palandt § 254, 2a; RG 54, 404 (407); 59, 221.

3) Auch auf den § 817 S. 2 BGB muß, was in der Literatur meist kaum behandelt, § 827 und § 828 BGB entsprechend angewandt werden, da der Sitten- bzw. Gesetzesverstoß dem Geschädigten nur dann zuzurechnen ist, wenn er auch verschuldensfähig war.

3a) Siehe hierzu Schnorr v.Carolsfeld, Festschrift für für Molitor

4) Enneccerus-Lehmann 79; Larenz AT 182; Reimer Schmidt, Die Obliegenheiten, 169 ff.

5) Hierzu ausführlich Stoll, besonders 283; im Strafrecht Hirsch 95 ff.; Schönke-Schröder § 59 A 158.

Hierzu ist folgendes zu sagen: Im Zivilrecht ist die Handlung, bei der auf Grund der EW des Verletzten ein erlaubtes Risiko vorliegt, nur auf der Schuldebene bedeutsam,[6] da für das Zivilrecht oben die Lehre vom personalen Handlungsunwert abgelehnt wurde. Selbst im Strafrecht kann aber meiner Ansicht nach nicht von einem Rechtfertigungsgrund gesprochen werden, da das Kennzeichen eines solchen ist, daß die an und für sich vorhandene Rechtswidrigkeit aus einem besonderen Grund ausgeschlossen wird. Im Strafrecht fehlt es beim erlaubten Risiko aber bereits an einem konstitutiven Element der Rechtswidrigkeit. Aus ähnlichen Gründen kann man meiner Ansicht nach das erlaubte Risiko auch im Zivilrecht nicht als "Schuldausschließungsgrund" bezeichnen.

Bereits aus obigen Äußerungen ergab sich, daß EW und erlaubtes Risiko streng voneinander zu trennen sind.[7] Eine EW kann bei einem Tötungsdelikt nie die Rechtswidrigkeit ausschließen, sehr wohl kann aber bei einem solchen ein durch EW geschaffenes erlaubtes Risiko vorliegen. So hat das RGSt[8] in dem bekannten Fährmannsfall, bei dem ein Memelfährmann zwei Personen auf ihr ausdrückliches Verlangen über die stürmische Memel hinübersetzte, nachdem er sie vorher auf die mit der Fahrt verbundenen Gefahren aufmerksam gemacht hatte, dem Fährmann keinen Fahrlässigkeitsvorwurf in Bezug

---

6) Stoll 283.
7) Stoll 312.
8) RGSt 57, 173.

auf den Tod der bei der Fahrt verunglückten beiden Passagiere gemacht.

Die Unterschiede zwischen EW und erlaubtem Risiko ergeben sich im übrichen auch daraus, daß Letzteres auch ohne EW gegeben sein kann. So etwa in dem Fall, daß der Feuerwehrmann einen vom Feuer Bedrohten einen Stoß gibt, wodurch dieser vom soundsovielten Stock aus in das rettende Sprungtuch fällt, sich dabei aber ein Bein bricht: Hier wird das erlaubte Risiko durch die dem Verletzten durch das Feuer drohende Gefahr bedingt, die das Verhalten des Feuerwehrmannes als ordnungsgemäß erscheinen läßt.

Die nicht genügend scharfe Trennung zwischen EW und erlaubtem Risiko ist meiner Ansicht nach der Grund, aus dem heraus bei der Erörterung der Einwilligungsproblematik Literatur und Rechtsprechung teilweise zu nicht zutreffenden Ergebnissen kommen.[9] [10] Be-

---

9) Deutlich sichtbar in der gesamten Rechtsprechung zur Gefälligkeitsfahrt, wenn dort der BGH bis zur Entscheidung, BGH JZ 61, 603, eine stillschweigend erteilte EW des Fahrgastes annehmen wollte, soweit der Mitfahrende in klarer Erkenntnis des mit der Fahrt verbundenen Risikos dennoch an dieser teilnahm, siehe etwa BGH LM 2 zu § 107. Diese Lehre, die von Flad in Das Recht 1919, 13 (16) begründet wurde, trägt deutliche Wesenszüge des erlaubten Risikos an sich, wenn sie darauf abstellt, ob der Verletzte das mit der Fahrt verbundene Risiko kannte. Dazu ist allerdings zu bemerken, daß hier in den meisten der von der Rechtsprechung behandelten Fälle in Wahrheit gar kein erlaubtes Risiko vorlag, daher wurden die Grundsätze dieses

Fortsetzung siehe S. 133

10) Siehe S. 134.

sonders deutlich bemerkbar macht sich dies bei der Frage nach dem Gegenstand der EW. Ein erlaubtes Risiko liegt bereits dann vor, wenn sich der Verletzte

---

9) Fortsetzung von S. 132:
Rechtsinstituts zu Unrecht angewandt. Wenn ein betrunkener "Weinreisender" andere Personen mitnimmt und diese dadurch einer entsprechenden Gefährdung aussetzt, so läßt sich dieses, trotz der Zustimmung des Fahrgastes, wohl kaum noch als erlaubt bezeichnen; siehe hierzu auch Stoll 305 ff. Gegen die frühere BGH-Rechtsprechung die herrschende Lehre: Boehmer MDR 58, 77 und NJW 64, 33 f.; Flume in "Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben" I, 178 ff.; Wangemann MDR 56, 387 und NJW 55, 85. Interessant ist in diesem Zusammenhang, daß Flume JZ 61, 605 erwägt, ob man in Fällen solcher Art, soweit die Gefahrübernahme reicht, nicht auch einen Schadensersatzanspruch des Verletzten verneinen soll, weil sich die vom Verletzten in Kauf genommene Gefahr verwirklicht hat. Der Fahrer müßte seinen Schaden ja auch selber tragen, dann müsse das gleiche aber auch für den Mitfahrenden gelten. Die heute herrschende Meinung will dagegen nur § 254 BGB anwenden, so etwa BGH JZ 61, 603; Stoll 305 ff. Meiner Ansicht nach liegt der Auffassung Flumes durchaus ein zu billigender Gedanke zugrunde, wenn auch die Begründung Flumes kaum zu überzeugen vermag. Hier dürfte im allgemeinen die Anwendung des § 817 S. 2 geboten sein. Wer seine Gesundheit, ja sogar sein Leben, bei einer so gefährlichen Fahrt leichtsinnigerweise aufs Spiel setzt, handelt sittenwidrig und kann daher die Rechtsordnung nicht zu seinem Schutz in Anspruch nehmen. Auf diese Art und Weise ist es dann auch möglich, subjektive Billigkeitsentscheidungen des Richters weitgehend auszuschalten, was freilich, wie auch Flume bemerkt, der neueren Tendenz der Rechtsprechung, die allenthalben zur richterlichen Entscheidung durch Billigkeitserwägungen drängt, widersprechen würde.
In der strafrechtlichen Judikatur war man übrigens von Anfang an mit der Annahme einer EW in Fällen obiger Art vorsichtig; in gleicher Richtung wie der BGHZ nur BGHSt in LM 6 zu § 226a.

in dessen Kenntnis ihm aussetzt, anders als bei der EW braucht er hier die Verwirklichung des Risikos, also den Erfolg, nicht zu billigen. Einen breiten Anwendungsbereich hat die EW vornehmlich im Bereich der Sportverletzungen, bei denen, wie wir später noch sehen werden, von der herrschenden Meinung meist zu Unrecht, das Vorhandensein einer EW angenommen wird, obwohl tatsächlich nur eine EW in ein Risiko, nicht aber eine EW in den Erfolg vorliegt, wie es für eine rechtfertigende EW erforderlich wäre.

---

10) Typisch in Gedankengängen des erlaubten Risikos ist die Rechtsprechung auch dann verfangen, wenn sie darauf abstellt, ob das Verhalten des Verletzten vom Täter als EW aufzufassen sei, ohne die Möglichkeit einer Irrtumsanfechtung des Verletzten bzw. einer eventuellen Nichtigkeit der EW auch nur mit einem Wort zu erwähnen, so etwa BGHZ 2, 159 (162). Hinsichtlich der Zulässigkeit eines Risikos muß es tatsächlich entscheidend sein, wie der Täter das Verhalten des Verletzten aufzufassen hatte, bei der EW müßte aber, wie wir oben sehen konnten, letzten Endes doch auf den inneren Willen des Verletzten abgestellt werden.

Besonderer Teil

§ 20 Körperverletzung und Einwilligung

Vornehmlich im Zusammenhang mit der Körperverletzung hat die Einwilligung von je her eine hervorragende Rolle in Literatur und Rechtsprechung gespielt, vor allem deshalb, weil von Rechtsprechung[1] und der im Zivilrecht herrschenden Lehre[2] [3] auch der ärztliche Heileingriff als Körperverletzung bewertet wird. Hierdurch eröffnete bzw. eröffnet sich ein weiter Anwendungsbereich für die Einwilligung.

---

1) Siehe etwa BGHZ 29, 33; 29, 47 und im Strafrecht BGHSt 11, 111.

2) Für viele Palandt § 823, 4b; RGRK A 13; Soergel-Siebert A 22; auch Larenz BT 399 A 2, anders aber früher in DGWR 36, 404; Vertrag und Unrecht II, 20 ff. Als Begründung für seine Meinungsänderung gibt Larenz an, daß ein Ausklammern des Heileingriffs aus dem Begriff der Körperverletzung mit der in § 823 I bezweckten Absicht des Gesetzgebers, fest umrissene Unrechtstatbestände zu schaffen, nicht in Einklang zu bringen sei. Dieses Argument hat angesichts der Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts als sonstiges Recht i.S. des § 823 I wenig Gewicht, da bei ihm eine klare Grenzziehung in noch geringerem Maße möglich ist. Gegen die Subsumtion des Heileingriffs unter die Körperverletzung auch Enneccerus-Nipperdey 14. Aufl. § 209 II und im Rechtsgutachten zum Zeitungsstreik 39 f., sowie Erman-Weitnauer Anhang zu § 12 i und Weitnauer in "Der Betrieb" 1961, Beilage Nr. 21.

3) Anders aber die herrschende Lehre im Strafrecht: so etwa Bockelmann NJW 61, 945; Engisch bes. 35; E. Schmidt JR 58, 226; für das Schweizer Recht Noll 88. Der Entwurf 1960 hat im übrigen auch in § 162 für die eigenmächtige Heilbehandlung einen eigenen Tatbestand geschaffen.

Der Verfasser, der die Subsumtion des ärztlichen Heileingriffs unter die Körperverletzung aus verschiedenen Gründen für nicht richtig hält,[4] wird, da mit einer Änderung der herrschenden Meinung kaum zu rechnen ist, das Problem so darstellen, wie es sich von der herrschenden Meinung aus stellt und nur in skizzenhaften Randbemerkungen die Konsequenzen der eigenen Auffassung aufzeigen, bei der der Frage, ob eine Einwilligung vorliegt, im übrigen auch entscheidende Bedeutung zukommt.

Daß bei der Körperverletzung die Einwilligung prinzipiell rechtfertigt, ist heute unstreitig und ergibt

---

4) Beim ärztlichen Heileingriff handelt es sich um einen der Körperverletzung geradezu konträren Fall; der Arzt will heilen, nicht verletzen. Die von der herrschenden Lehre befürwortete Interpretation der Körperverletzung als Körpersubstanzverletzung ist zu grob und vermag der Besonderheit einer solchen "Verletzung" nicht gerecht zu werden. Die rechtspolitischen Bedenken, die den eigentlichen Grund für eine derartige Auslegung des Körperverletzungsbegriffs bilden dürften, entfallen im Zivilrecht, da hier, anders als im Bereich des Strafrechts, eine Ausweichmöglichkeit in das Gebiet des Persönlichkeitsschutzes besteht, die dem materiellen Unrechtsgehalt der eigenmächtigen Heilbehandlung weit eher gerecht zu werden vermag, als dies dem Körperverletzungstatbestand möglich ist. Vor allem gerät die Rechtsprechung und herrschende Lehre von ihrem Standpunkt aus auch in kaum zu bewältigende dogmatische Schwierigkeiten bei der Lösung einiger praktisch höchst bedeutsamer Fragen, vor allem in Zusammenhang mit der ärztlichen Aufklärungspflicht; siehe darüber unten. Ähnlich wie hier vertreten, will auch Weitnauer die Problematik des ärztlichen Heileingriffs auf das Gebiet des Persönlichkeitsschutzes verlagern, führt dies aber nicht konsequen zu Ende.

sich aus § 226a StGB.[5] Auch im Zivilrecht existieren keine Bedenken gegen eine rechtfertigende Wirkung der Einwilligung bei Körperverletzung. Andererseits kann aber kein Zweifel daran bestehen, daß die Einwilligung in bestimmten Fällen unwirksam ist. Das ist dann anzunehmen, wenn die Tat trotz der EW gegen die guten Sitten verstößt. Bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit einer Handlung kann auf die im allgemeinen Teil herausgearbeiteten Kriterien zurückgegriffen werden; entscheidend werdan daher Zweck und Schwere der Verletzung sein.[6] [7]

---

5) Teilweise wird beim ärztlichen Heileingriff auch angenommen, daß, soweit eine EW des "Verletzten" vorliege, der Tatbestand einer Körperverletzung entfalle, so Hirsch 103 und Schröder 953. Diese Ansicht ist aber wenig konsequent, wenn sie, soweit der ohne EW vorgenommene Eingriff erfolgreich war, ebenfalls das Vorliegen einer Körperverletzung verneint. Aus letzterem folgt, daß hier doch wieder die Körperverletzung als Körperinteressenverletzung, nicht aber als Körpersubstanzverletzung interpretiert wird. Soweit nun die ärztliche Behandlung nicht erfolgreich war, liegt zwar objektiv eine Körperinteressenverletzung vor, subjektiv fehlt es jedoch am Vorsatz, so daß höchstens eine Bestrafung wegen fahrlässiger Körperverletzung in Frage kommt, wodurch sich diese Ansicht aber in ihren praktischen Ergebnissen durch nichts von unserer unterscheidet.

6) Noll 83 ff. (85); siehe auch Geilen 136 ff., der im Zusammenhang mit der ärztlichen Aufklärungspflicht auf die Mittelzweckrelation hinweist. Diese Ansicht geht übrigens auf die von Dohna in seiner Schrift "Die Rechtswidrigkeit als allgemeines Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlung" begründete allgemeine Zwecktheorie zurück, die sich jedoch nur auf Teilgebieten durchzusetzen vermochte (siehe Dohna, bes. 40 ff.).

7) Die EW in die eigene Tötung vermag der Tat nicht die Sittenwidrigkeit zu nehmen und ist daher stets rechtsunwirksam, allgem. Meinung.

Bei der ärztlichen Heilbehandlung dürfte die Sittenwidrigkeit der Körperverletzung nur verhältnismäßig selten gegeben sein, da die Verletzung zu einem anerkannten Zweck erfolgt, darüber hinaus der Eingriff meist heilend, nicht verletzend wirkt.[8] Ausnahmen bestehen aber auch hier, so, wenn zur Behebung eines geringfügigen Gebrechens eine mit einem lebensgefährlichen Risiko verbundene Heilbehandlung eingeschlagen wird.

Anders liegt der Fall bereits bei einer kosmetischen Behandlung, da hier der vom Täter verfolgte Zweck nicht in gleicher Weise billigenswert ist, wie bei der Heilbehandlung. Eine gleichschwere Verletzung kann soweit sie aus medizinischen Gründen vorgenommen wird, noch zulässig, wenn sie dagegen aus kosmetischen Gründen erfolgt, bereits sittenwidrig sein.

Medizinische Experimente an lebenden Personen[9] wird man nur unter engen Voraussetzungen für zulässig hal-

---

8) Entscheidend bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit kann dabei nicht der zufällig wirkliche, sondern nur der zu erwartende wahrscheinliche Erfolg sein, es ist also eine Betrachtungsweise ex ante geboten, so auch Engisch 9.

9) Siehe hierzu Heinitz JR 51, 333, der auch hier zu Recht darauf hinweist, daß wiederum das Verhältnis von Mittel und Zweck entscheidend ist, der Wert des Untersuchungsergebnisses müsse mit dem eingegangenen Risiko in einem angemessenen Verhältnis stehen (334). Die Bedenken, die Heinitz in Bezug auf das Kriterium der Sittenwidrigkeit anmeldet, nämlich, daß auch bei einer Tat, die an und für sich sittenwidrig ist, das Interesse an einer Bestrafung fehlen könne, sind bei der hier befürworteten Interpretation des Begriffs der Sittenwidrigkeit nicht stichhaltig.

;en, nämlich dann, wenn Tierversuche nicht in Frage :ommen, der Betreffende ohnehin krank ist, und es um die Aus-)robung eines Heilmittels gegen eben die Krankheit ;eht.[10] Wichtig wird hierbei sein, daß sich der be-;reffende Verletzte aus völlig freien Stücken, d.h.)hne unzulässige Beeinflussung seines Willens, zu dem)etreffenden Experiment zur Verfügung gestellt hat. Da-ıer liegt Sittenwidrigkeit vor, wenn sich der Insasse ;ines Konzentrationslagers zu einem Experiment dadurch ıat bewegen lassen, daß ihm als Belohnung dafür später lie Freiheit versprochen wurde. In anderen Fällen wer-.en die Experimente meist sittenwidrig sein, da der lensch durch sie zum bloßen Mittel degradiert wird.[11]

)edeutsam wird die Frage nach der Sittenwidrigkeit ei-.ér Körperverletzung vor allem im Zusammenhang mit der ;terilisation.[12]

)er Fall Dohrn hat in der Öffentlichkeit und in der uristischen Fachwelt die Diskussion neu in Gang ge-

---

0) Bucher 242; Noll 92.

1) Siehe hierzu Kants "Grundlegung zur Metaphysik der Sitten" 276: "Nun sage ich, der Mensch und überhaupt jedes vernünftige Wesen existiert als Zweck an sich selbst, nicht bloß als Mittel zum beliebigen Gebrauch für diesen oder jenen Willen ..." und 277: "Der praktische Imperativ wird also folgender sein: Handle so, daß du die Menschlichkeit, sowohl in deiner Person als in der Person eines jeden anderen zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchst."

2) Siehe hierzu besonders E. Schmidt JZ 51, 65; Kohlhaas NJW 63, 2348; Urbancyk NJW 64, 425.

setzt.[13] Dabei ist man sich darüber im klaren, daß auf die Frage nach der Zulässigkeit einer Sterilisa-

---

13) Daß der Entscheidung des BGH NJW 65, 365 im Fall Dohrn nicht zugestimmt werden kann, jedenfalls in dem hier interessierenden Gebiet des Zivilrechts, dürfte außer Frage stehen. Die Argumentation des BGH nach der nach Wegfall des einschlägigen Gesetzes, nämlich des § 14 Erbgesundheitsgesetz, die Sterilisation nicht mehr strafbar sei, gleich aus welchem Grund sie vorgenommen werde, kann für das Zivilrecht nichts beweisen, selbst im Strafrecht kann ihr nicht zugestimmt werden, da eine Sterilisierung ja nach der herrschenden Meinung stets eine Körperverletzung darstellt, dann aber der § 226a StGB bzw. dessen Voraussetzungen geprüft werden mußten. Die Entscheidung beruht, daran dürfte kein Zweifel bestehen, in erster Linie auf Billigkeitserwägungen, der Strafrahmen des § 225 StGB erscheint dem Unrechtsgehalt einer Gefälligkeitssterilisation noch nicht angemessen, die Mindeststrafe von 2 Jahren Zuchthaus ist zu hoch. Eine befriedigende Lösung hätte meiner Ansicht nach aber auch hier durch Anerkennung eines übergesetzlichen Milderungsgrundes erzielt werden können, siehe hierzu S. 16, insbesondere A 29 (in dieser Richtung die Vorinstanz LG Hannover 6 St R 78, 64, wenn dort der Strafrahmen aus § 216 StGB entnommen wurde). Es ist klar, daß sich die Rechtsprechung und herrschende Lehre gegen die Anerkennung solcher übergesetzlicher Milderungsgründe sträuben, da dies zu kaum absehbaren praktischen Konsequenzen führen kann, indem der Richter einen noch weiteren Ermessensspielraum bei der Strafbemessung hat, als er ihm jetzt schon zusteht, wodurch die Rechtssicherheit als gefährdet erscheint. Selbst unter Berücksichtigung dieser zweifellos nicht gering zu schätzenden Bedenken wird man aber auf die Dauer hier kaum um eine Anerkennung von übergesetzlichen Milderungsgründen herumkommen. Immerhin dürfte, und das ist ein unbestreitbarer Verdienst der BGH-Entscheidung, der Gesetzgeber so zu einer baldigen Regelung des Sterilisationsproblems genötigt worden sein, wodurch der hier bisher herrschenden Rechtsunsicherheit endlich ein Ende gemacht werden dürfte. Zur Frage der Fortgeltung des § 14 Erbgesundheitsgesetz siehe im übrigen auch E. Schmidt JZ 51, 65 (66); Urbancyk NJW 64, 425 (426).

tion keine generelle Antwort gegeben werden kann. Herkömmlicherweise unterscheidet man nach dem Grunde, aus dem eine Sterilisation vorgenommen wird, zwischen medizinischer, eugenischer, sozialer Indikation sowie den anderen Fällen der Sterilisation, die oft als sogenannte Gefälligkeitssterilisationen bezeichnet werden. Hier sind es im allgemeinen keine schwerwiegenden Gründe, aus denen man sich zur Sterilisation entschloß. Ein Beispiel für eine medizinische Indikation bietet, wenn sich ein Karzinom im Eierstock einer Frau nur durch Sterilisation entfernen läßt, aber auch derFall, der, wie wir noch sehen werden, teilweise anders liegt als der erste, daß eine Frau bei einer Schwangerschaft schwere gesundheitliche Nachteile zu erwarten hat, ja unter Umständen sogar mit dem Tode rechnen muß. Eine eugenische Sterilisation liegt dann vor, wenn sich jemand sterilisieren läßt, um zu verhüten, daß Nachkommen von ihm mit einer erblichen Krankheit geboren werden, etwa mit Schizophrenie. Im Fall einer sozialen Indikation sind es schwerwiegende soziale Gründe, die zu dem Eingriff geführt haben, so, wenn bereits viele Kinder vorhanden sind, die Vermögensverhältnisse der Eltern aber sehr schlecht sind. Eine Gefälligkeitssterilisation ist schließlich dann gegeben, wenn sich eine Dirne, um ungestört ihrem Broterwerb nachgehen zu können, sterilisieren läßt.

In den Fällen einer medizinisch indizierten Sterilisation der Art, wie im ersten Beispiel geschildert, muß eine solche wie jede andere Operation zulässig

sein.[14] Bei den Fällen medizinischer Indikation, bei denen die gesundheitlichen Gefahren für die Mutter erst nach der Empfängnis bestehen würden, liegt der Fall dagegen wieder etwas anders, da die Mutter hier im Moment des Eingriffs noch gesund, die Schwangerschaft aber nicht unbedingt notwendig ist, sich vielmehr auch durch Anwendung von Verhütungsmitteln hätte vermeiden lassen.[15]

Trotzdem dürfte auch hier an der Sittengemäßheit der Sterilisation kaum zu rütteln sein, da es letzten Endes auf das Gleiche hinauskommt, ob Nachwuchs durch erzwungenermaßen dauernde Anwendung von Verhütungsmitteln oder durch Sterilisation verhindert wird, die letztere Methode zudem sicherer und billiger ist.[16]

---

14) Nach der hier vertretenen Ansicht entfällt bei der aus medizinischen Gründen vorgenommenen Sterilisation im allgemeinen bereits der Tatbestand der Körperverletzung; so auch E. Schmidt JZ 51,65; teilweise Noll 92 f.

15) In der Literatur wird meistens nicht, wie hier befürwortet, innerhalb der Fälle der medizinischen Indikation differenziert, obwohl hier gewisse Unterschiede kaum geleugnet werden können.

16) Vor allem muß in diesem Zusammenhang bedacht werden, daß nach heute herrschender Meinung auch eine Abtreibung aus medizinischen Gründen zulässig ist, was, vom Erbgesundheitsgesetz abgesehen, das jedenfalls für Bayern nicht gilt, aus dem Grundsatz der Güter- und Pflichtenabwägung abgeleitet werden kann (siehe Schwarz-Dreher § 218, 4 A), dann aber erst recht die Sterilisierung möglich sein muß, bei der ja noch kein zu schützender Embryo vorhanden ist. Dies gilt um so mehr, als eine Schwangerschaftsunterbrechung aus medizinischen Gründen auch zu gesundheitlichen Schädigungen der Mutter führen kann; so auch Bucher 249.

Der einzige Gesichtspunkt, der in einem solchen Fall evtl. gegen die Zulässigkeit einer Sterilisation sprechen könnte, nämlich der, daß infolge des Fortschreitens der medizinischen Wissenschaft eine heute noch der medizinischen Indikation unterfallende Sterilisierung, dies in Zukunft nicht mehr zu sein braucht, dann aber die Sterilisierung nicht mehr rückgängig zu machen ist, dürfte nur in verschwindend geringen Fällen Bedeutung erlangen; zudem ist, wie ich vor kurzem von einem Professor der Gynäkologie erfahren könnte, heutzutage wenigstens teilweise die Möglichkeit einer Rückgängigmachung der Sterilisierung gegeben.

Auch gegen die Zulässigkeit einer eugenischen Sterilisation[17] dürften kaum Bedenken bestehen. Die Rechtsordnung muß den Entschluß eines Ehegatten, der sich aus Verantwortungsgefühl zu einer Sterilisation entschließt, achten. Wären sich alle Ehegatten dieser ihrer Verantwortung gegenüber ihrer Nachkommenschaft bewußt, so könnte viel durch Krankheit bedingte Not und Elend vermieden werden.

Schwierig sind die Fälle der sozialen Sterilisierung zu beurteilen. Dafür sind zwei Gründe maßgebend. Zum ersten ist hier die Gefahr eines Mißbrauchs besonders groß. Die Frage, ob die Voraussetzungen einer sozialen Sterilisation gegeben sind, läßt sich nicht,

---

17) Für Zulässigkeit der medizinischen und eugenischen Sterilisation die ganz herrschende Auffassung, für viele E. Schmidt 68; Urbancyk 426 f.

wie es bei der medizinischen und eugenischen Sterilisation der Fall ist, auf Grund naturwissenschaftlicher Erkenntnisse feststellen, sondern ist weitgehend Ermessenssache.[18] Vor allem werden dem Arzt, der die Sterilisation vornehmen soll, oft die Möglichkeiten fehlen, nachzuprüfen, ob die sozialen Verhältnisse tatsächlich so sind, daß sie einen Eingriff erlauben.

Der zweite Grund scheint mir darin zu liegen, daß die besondere soziale Situation, die eine Sterilisation zu rechtfertigen vermöchte, sich weitgehend ändern kann, die Ehegatten dann aber, jedenfalls oft, keine Kinder mehr bekommen können.

Selbst wenn man sich das oben Gesagte vor Augen hält, wird man aber meiner Ansicht nach eine soziale Sterilisation für zulässig halten müssen,[19] allerdings nur in engen Grenzen. Es muß sich um besonders schwere Fälle sozialer Not handeln, es darf keine Aussicht bestehen, daß diese Not in absehbarer Zeit überwunden wird, dabei wird auch das Alter des zu Sterilisierenden zu berücksichtigen sein. Ein junger Mensch ist ja noch länger fruchtbar; in einem größeren Zeitraum kann sich aber eher eine Veränderung der Verhältnisse einstellen, sei es durch wachsenden Wohlstand der Familie, sei es durch eine eventuelle Wiederheirat. Eine bedeutsame Rolle wird auch der Tatsache zukommen, ob die Ehegatten bereits Kinder haben oder nicht. Im

---

18) E. Schmidt 69.

19) So auch E. Schmidt 69; Urbancyk 427; für Schweizer Recht Bucher 250; a.A. Mattern 82.

letzteren Fall werden die Voraussetzungen für eine soziale Sterilisation kaum je gegeben sein.

In der Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, daß zur Rechtfertigung der Sterilisation eines Ehegatten auch die EW des anderen Ehegatten erforderlich sei.[20] Das wird damit begründet, daß das Persönlichkeitsrecht[21] des Ehepartners des Sterilisierten

---

20) Noll 95; a.A. Bucher 182.ff.

21) Genau genommen dürfte es sich allerdings nicht um eine Frage des Persönlichkeitsrechts, sondern um eine solche des Eherechts handeln (in der Literatur wird Art. 6 I GG vielfach als Konkretisierung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts angesehen, so von Leisner 346). Aus § 1353 BGB ergibt sich die Verpflichtung der Ehegatten zur Erzeugung und zum Empfang von Kindern (Palandt § 1353, 2). Fraglich ist hierbei, ob es sich um ein jedermann gegenüber geschütztes absolutes Recht handelt (Erman § 823, 7h) oder ob es nur relativ zwischen den Ehegatten wirkt (Enneccerus-Lehmann § 234, 1b; BGHZ 23, 281; 26, 221). Nur im ersten Fall kann es rechtstheoretisch von Bedeutung sein, ob der andere Ehegatte einwilligte (soweit das Recht relativ wäre, könnte das Fehlen der EW des Ehegatten höchstens die Moralwidrigkeit des Verhaltens des Täters steigern und damit einen nur wesentlich schwächeren rechtlichen Einfluß hinsichtlich der Bejahung der Sittenwidrigkeit der Tat ausüben, als dann, wenn es auch um eine rechtliche Verpflichtung geht). Man wird das Eherecht mit seinen einzelnen Ausstrahlungen als sonstiges Recht i.S. des § 823 I BGB aufzufassen haben. Das muß aus der Drittwirkung des Art. 6 I GG gefolgert werden, die auch von der Rechtsprechung in gewissem Umfang anerkannt wird (BGHZ 6, 360; LM 3 zu Art. 6 GG; BAG NJW 57, 1688; a.A. Hamann Art. 6, A 3). Daß sich aus der Besonderheit des Eherechts Einschränkungen hinsichtlich der Geltendmachung von Schadensersatz- und Unterlassungsansprüchen ergeben, steht

Fortsetzung siehe S. 146

auf Fortpflanzung in gleichem Maße verletzt werde, wie das Persönlichkeitsrecht des Sterilisierten selbst.[22] Dieser Auffassung dürfte ein richtiger Grundgedanke zugrundezuliegen;[23] sie zieht jedoch

---

21) Fortsetzung von S. 145:
dem nicht entgegen. Im vorliegenden Fall ziehen im übrigen die von der anderen Ansicht gegen unsere Meinung ins Feld geführten Bedenken aus der Sperrwirkung der Ehegesetze schon deshalb nicht, weil es in dem hier interessierenden Sektor keine ehegesetzlichen Sonderregelungen gibt.

22) So einfach liegt das Problem freilich nicht; soweit nämlich die Sterilisation unterbleibt, wird zwar der Ehegatte desjenigen, der sich sterilisieren lassen will, nicht in seinem "Persönlichkeitsrecht" verletzt, dafür wird dieser aber in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit eingeschränkt. Zwischen diesen beiden entgegengesetzten Interessen gilt es abzuwägen. Im Fall der medizinischen Indikation ist außerdem noch zu berücksichtigen, daß hier das Persönlichkeitsrecht der Sterilisierten auf Gesundheit in Frage steht. - Immerhin kann jedoch nicht bestritten werden, daß es bei der über die Zulässigkeit der Sterilisation entscheidenden Interessenabwägung nicht ohne Belang sein kann, ob bei der Sterilisation neben den Interessen des Sterilisierten und dem öffentlichen Interesse noch Interessen des Ehegatten auf dem Spiel stehen oder nicht.

23) Auch der BGHSt NJW 65, 355 scheint, wie sich aus seinen Ausführungen ergibt, der Frage, ob der Ehegatte des Sterilisierten einwilligte, rechtliche Bedeutung beizumessen, wenn er ausdrücklich betont, daß in dem zu entscheidenden Fall die EW des Ehegatten jeweils eingeholt war.

aus ihm heraus zu weite Folgerungen; keinesfalls bedarf es stets der EW des Ehegatten. Der Arzt darf die Frau des berufsmäßigen Trinkers, der im Rausch sexuell haltlos ist, und die deshalb schon viele Kinder hat, sicher auch ohne EW des Ehemanns sterilisieren. Bezeichnenderweise wollen dann auch die Anhänger der hier abgelehnten Meinung von ihrem Grundsatz insoweit Ausnahmen machen, als sich die Verweigerung der EW durch den anderen Ehegatten als Mißbrauch herausstellt. Eine gewisse, nicht zu unterschätzende Bedeutung hat das Vorhandensein bzw. Fehlen der EW des anderen Ehegatten allerdings schon. Man muß sich nämlich vor Augen halten, daß die Übergänge zwischen einer, gleich aus welchem Grund, erlaubten (bedeutsam allerdings vor allem bei der sozialen Sterilisation) Sterilisation und einer nicht mehr erlaubten flüssig sind. Die oben aufgeführten Tatbestände bilden in sich keine festen Tatbestände, sie wollen vielmehr in erster Linie der Orientierung dienen, um aus der Vielzahl der in Frage kommenden Fälle bestimmte Grundtypen herauszuschälen. Es würde von einem nicht billigenswerten schematischen Denken zeugen, das der Vielgestaltigkeit des Lebens in keiner Weise gerecht werden würde, wenn man glauben würde, mit ihnen bereits des Rätsels Lösung gefunden zu haben. In gleichen Fällen wird der eine Arzt bzw. Jurist eine Sterilisation vielleicht noch für zulässig ansehen, der andere schon nicht mehr. In diesen Zweifelsfällen wird der Frage, ob der Ehepartner des Sterilisierten mit der Sterilisation einverstanden war, oft entscheidende Bedeutung zukommen.

Soweit keine den drei Grundtypen unterfallende bzw. ähnliche Situation vorliegt, wird man unter Berücksichtigung des oben Gesagten eine Sterilisation für nicht zulässig halten.[24] Die Fruchtbarkeit ist eines der höchsten Güter, die dem Menschen gegeben sind. Es geht nicht an, ihn über dieses Gut aus irgend beliebigen Gründen selbstherrlich verfügen zu lassen.[25] Daß reine Nützlichkeitserwägungen nicht in der Lage sind, die Sterilisation zu rechtfertigen,[26] versteht sich von selbst und braucht nicht näher ausgeführt zu werden.

Ähnliche Probleme wie bei der Sterilisation ergeben sich auch bei der Kastration. Allerdings scheidet hier die eugenische und soziale Indikation von vornherein aus; beide sind nicht zulässig, da sich hier der gleiche Zweck durch den weniger schweren Eingriff der Sterilisation verwirklichen läßt.[27] Übrig bleiben daher praktisch nur die Fälle der medizinischen Indikation, so etwa die freiwillige Kastration eines Sittlichkeitsverbrechers, der an einer krankhaften Entartung leidet, oder aber wieder, wenn sich ein Karzinom nicht ohne Kastrierung entfernen läßt. In solchen

---

24) So die ganze herrschende Meinung, etwa E. Schmidt 69 und Urbancyk 427; a.A. Roxin Jus 64,380.

25) So auch Bucher 249.

26) Ähnlich Mattern 82 f.

27) Noll 97.

Fällen wird man auch hier eine Kastration für zulässig halten, wobei allerdings zu beachten ist, daß es sich hier um ganz besonders schwere gesundheitliche Gefahren handeln muß, da die Kastration einen der schwerwiegendsten Eingriffe in die Persönlichkeit eines Menschen darstellt, der überhaupt denkbar ist.

Auch im Zusammenhang mit Sportverletzungen taucht die EW immer wieder auf. Dabei ist der Anwendungsbereich der EW aber nicht so groß, wie es auf den ersten Blick anmutet und auch vielfach angenommen wird. Zu unterscheiden ist zwischen Kampfsport und Wettspielen.[28] Charakteristisch für den Kampfsport ist, daß beide Gegner körperlich aufeinander einwirken, so etwa beim Boxen und Ringen. Zur zweiten Kategorie gehören z.B. Fußball, Handball etc. Eine EW in Verletzungen wird man meist nur bei Kampfspielen annehmen können. Auch hier kann aber nur eine EW in solche Verletzungen bejaht werden, wie sie üblicherweise im Lauf eines solchen Kampfes zu entstehen pflegen;[29] damit kommt eine EW praktisch nur in leichte Körperverletzungen vor;[30]

---

28) So Renner 108; ähnlich Mahling 68.

29) Flume JZ 61, 605 und E. Schmidt JZ 54, 369 (372) verneinen auch beim Kampfsport das Vorliegen einer EW in Verletzungen. Diese Ansicht beruht aber, wie wir bereits oben sehen konnten (57), auf einer unrichtigen Interpretation des EW-Begriffs. Sie nimmt fälschlich an, der Verletzte müsse den Erfolg wünschen, was jedoch nicht erforderlich ist, es genügt vielmehr dessen Billigung.

30) So richtig auch Noll 98; anders aber die herrschende Meinung, siehe Mahling 68 und Renner 108. Die herrschende Auffassung beruht, was besonders bei Mahling 70 deutlich wird, auf dem falschen Schluß, eine EW in ein Risiko sei der EW in eine Verletzung gleichzusetzen, siehe hierzu 53 ff. (57), sowie Stoll 261.

in schwere Verletzungen scheidet sie dagegen in aller Regel aus.[31] Die Annahme einer EW in Fällen letzterer Art würde auf eine reine Fiktion hinauslaufen; hätte der Verletzte von den später eingetretenen Verletzungen gewußt, so hätte er an dem Kampf sicher nicht teilgenommen. Aus dem gleichen Grund liegt bei Wettspielen selbst in leichte Körperverletzungen keine EW vor,[32] abgesehen vielleicht von Bagatellefällen, und auch hier nur, soweit die Verletzungen fahrlässig, nicht vorsätzlich herbeigeführt wurden. Für den Fall einer vorsätzlich herbeigeführten Verletzung fehlt es fast immer an einer Interessenpreisgabe.[33] [34] Soweit eine EW vorliegt, dürfte sie meist sittengemäß sein. Bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit kann es nicht auf die abstrakte Verletzung ankommen, sondern es muß die Verletzung im Rahmen des Gesamtgeschehens betrachtet werden.[35] Da der Sport allgemein anerkannt

---

31) Es wird bei Verletzungen schwerer Art, die im Rahmen des Kampfsportes ja immer wieder vorkommen, auf Grund eines erlaubten Risikos allerdings meist an der Fahrlässigkeit mangeln, so daß im Zivilrecht die Schuld, im Strafrecht u.U. bereits die Rechtswidrigkeit fehlt, hierzu 130ff. dieser Arbeit.

32) A.A. auch hier die herrschende Meinung; Larenz BG 405; Mahling 68 ff. und Renner 108 ff.

33) Das erkennt auch Renner 108 an.

34) Die Tatsache, daß die Verletzung unter einem Regelverstoß begangen wurde bzw. nicht, dürfte dagegen bei der Frage, ob eine EW vorlag oder nicht, kaum je bedeutsam werden, so auch Renner 108 gegen Mahling 68. Der Spieler nimmt auch Verletzungen, soweit sie durch vorsätzlichen Regelverstoß begangen wurden und bedeutend sind, um der Freude der Teilnahme am Spiel hin.

35) Mahling 72 für die ganz herrschende Ansicht.

wird, dürfte eine in seinem Rahmen zugefügte, durch EW gedeckte Verletzung kaum je sittenwidrig sein.[36]

Nachdem wir den Wirkungsbereich der EW bei der Körperverletzung erörterten, wollen wir uns ihre Wirksamkeitsvoraussetzungen im einzelnen ansehen. Wie wir bereits oben sehen konnten, muß sich die EW auf Handlung und Erfolg erstrecken. Damit diesem Erfordernis genüge getan wird, müssen bei einer ärztlichen Operation, dem Hauptanwendungsfall der Körperverletzung nach der herrschenden Meinung, dem Patienten die unmittelbaren und mittelbaren Folgen der Operation, die vom Arzt zumindest mit dem dolus eventualis in Kauf genommen werden, mitgeteilt werden.[37]

Der BGH[38] und ihm folgend die ganz herrschende Meinung[39] begnügen sich jedoch nicht mit einer Aufklä-

---

36) Dabei bestehen natürlich auch hier unterschiedliche Ansichten darüber, was noch Sport ist und was nicht mehr (Schlägermensur!). Zu formell erscheint es mir aber, wenn man, wie es E. Schmidt (JZ 54, 373) will, darauf abstellt, ob der deutsche Sportbund, bei dem es sich um eine nichtstaatliche Zusammenschließung aller Sportverbände handelt, eine Betätigung als Sport anerkennt oder nicht; hiergegen auch Mezger StuB § 14 II BT und Schwarz-Dreher § 226 a, 1 A c.

37) So für viele Soergel-Siebert § 823 A 79.

38) BGHZ Versicherungsrecht 56, 479 und FamRZ 60, 200 (202); BGHZ 29, 46 (57, 60); 29, 176 (181 f.).

39) Palandt-Gramm § 823, 7 B f.; Soergel-Siebert-Schräder A 80; Esser 843; im Strafrecht z.B. Bockelmann NJW 61, 945 (947). Eingehend zu diesem praktisch höchst bedeutsamen Thema: Geilen, Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, besonders 178 ff. mit teilweisem Abweichen von der herrschenden Ansicht.

rung im oben bejahten Umfang. Sie verlangen als weitere Wirksamkeitsvoraussetzung für die EW, daß der Patient über alle mit einem Heileingriff verbundenen Gefahren, auch wenn sie nur selten auftreten, aufgeklärt wird.[40] Eine Aufklärungspflicht soll nur dann entfallen, wenn Komplikationen nur in entfernt seltenen Fällen auftreten und anzunehmen ist, daß das Risiko bei einem verständigen Patienten für seinen Entschluß, in die Behandlung einzuwilligen, nicht ernsthaft ins Gewicht fällt. Gewisse Ausnahmen von der Notwendigkeit einer Aufklärung werden auch insoweit zugelassen, als die Aufklärung zu einer schweren gesundheitlichen Schädigung führen könnte, andererseits wird dies aber wieder dahin eingeschränkt, daß eine Aufklärungspflicht dann nach wie vor bestehe, wenn die Aufklärung nur zu einer Verschlechterung des Allgemeinbefindens führe. Diesem Fall wird ausgeder des Krebskranken zugerechnet.[41] Hinzuzu-

---

40) Wohlgemerkt fordert der BGH nicht zur Wirksamkeit der EW, daß der Patient auch über den ärztlichen Befund aufgeklärt wird, die Aufklärung über die Gefahren des Heileingriffs soll vielmehr bereits genügen, hierdurch wird der Arzt aber de facto doch gezwungen, dem Patienten seine Diagnose mitzuteilen, da sich der Patient schwerlich auf einen riskanten Eingriff einlassen wird, wenn er nicht über seine ernste Lage aufgeklärt ist und weiß, daß der ihm vom Arzt gewiesene Weg u.U. noch der einzig mögliche zur Rettung ist, so Geilen 83 und von ärztlicher Seite aus, bei der die herrschende Ansicht begreiflicherweise besonders angefeindet wird, Roemer JZ 60, 137.

41) So BGHZ 29, 46; 29, 176.

setzen ist noch, daß ein Aufklärungsverzicht des Patienten für möglich gehalten wird.[42] [43]

Der Standpunkt des BGH und der herrschenden Meinung erscheint dogmatisch unhaltbar. Im Bereich der rechtfertigenden EW wird sonst nirgendwo verlangt, daß sich der Verletzte dort Risiken einer gegen ihn gerichteten Tat bewußt ist, soweit sie über den vorsätzlich bzw. fahrlässig herbeigeführten Erfolg hinausgehen. Die vom BGH zur Begründung seiner Auffassung herangezogene Parallele zur Gefälligkeitsfahrt scheitert, von ihrer sonstigen Abwegigkeit abgesehen, daran, daß den Fahrer bei den von der Rechtsprechung hier behandelten Fällen hinsichtlich der Unfallfolgen ein Fahrlässigkeitsvorwurf traf,[44] woran es aber bei einer sachgemäß indizierten und durchgeführten Operation selbst dann fehlt,[45] wenn sich im

---

42) BGHZ Vers.R. 55, 355 (356).

43) Das bedeutet praktisch vom Standpunkt der herrschenden Meinung aus, daß hier eine gewillkürte Stellvertretung für möglich gehalten wird, obwohl eine solche, wie wir oben sahen, bei so persönlichen Rechtsgütern, wie es der Körper darstellt, nach heute ganz herrschender Meinung nur in Ausnahmefällen möglich ist; siehe hierzu oben S.98 ff

44) BGH NJW 56, 1107.

45) Abgesehen von einem evtl. in der Nichtaufklärung liegenden Sorgfaltsverstoß, der jedoch praktisch kaum bedeutsam werden dürfte, da es in aller Regel nicht gelingen wird, die Kausalität der Nichtaufklärung für die sachgemäß indizierte Operation und damit deren Folgen nachzuweisen.

Einzelfall das mit der Behandlung verbundene Risiko tatsächlich verwirklicht hat.[46] Daß die vom BGH bejahte Aufklärungspflicht nichts mit dem Gegenstand der EW zu tun hat, wird besonders klar, wenn man sich verdeutlicht, daß bei konsequenter Durchführung der BGH-Rechtsprechung die EW selbst dann unwirksam sein muß, wenn sich das Risiko nicht verwirklicht hat, also keine schädlichen Nebenfolgen eingetreten sind.

Eine mangelhafte Aufklärung kann zwar als Irrtum in den Grenzen des § 119 II BGB relevant sein.[47] Das bedeutet aber, daß die Aufklärungspflichtverletzung nur dann zur Unwirksamkeit der EW führen würde, wenn sie für die EW des Patienten kausal wurde oder, anders ausgedrückt, wenn nachgewiesen werden kann, daß sich der Patient bei Kenntnis des Risikos der Operation nicht unterzogen hätte. Der BGH und die herrschende Lehre verzichten aber auf eine solche Kausalitätsprüfung, da, wie ihm nicht entgangen sein dürfte, sich die Kausalität fast nie nachweisen läßt. Normalerweise wird sich nämlich der Patient einer ärztlich sachgemäß indizierten Operation bzw. sonstiger Behandlung unterziehen und es dürfte schwer sein, Umstände darzuleben, aus denen folgt, daß der Patient sich im Ein-

---

46) Diesen Gesichtspunkt übersieht Geilen (34 ff.) bei seiner Argumentation gegen die vom BGH gezogene Parallele zur Gefälligkeitsfahrt.

47) So richtig Geilen (17 ff.) m.w.N. aus der Rechtsprechung, die früher noch eine Kausalitätsprüfung vornahm.

zelfall anders entschieden hätte, soweit er Kenntnis von den Gefahren des Eingriffs gehabt hätte. Man muß sich zudem noch vergegenwärtigen, daß den Patienten die Beweislast hinsichtlich der Kausalität der Aufklärungspflichtverletzung treffen würde.

Zusammenfassend muß man daher zum gerade in letzter Zeit viel diskutierten Problem der Aufklärungspflicht des Arztes sagen, daß eine solche zwar aus dem Behandlungsverhältnis zwischen Arzt und Patient bestehen mag, daß aber eine Verletzung der Aufklärungspflicht nur dann zur Unwirksamkeit der EW führen kann, wenn sie kausal für die EW des Patienten wurde.[48] [49]

---

48) Damit wir nicht mißverstanden werden, muß hier ausdrücklich betont werden, daß selbstverständlich auch wir eine Aufklärung des Patienten, wenn auch vielleicht nicht in dem weiten Umfang wie es von der herrschenden Ansicht bejaht, für nötig halten. Dargelegt soll hier nur werden, daß der BGH von seinem Ausgangspunkt aus, nämlich der Subsumtion des Heileingriffs unter den Tatbestand der Körperverletzung in ernste dogmatische Schwierigkeiten gerät, um der Praxis gerecht werden zu können. Vom Standpunkt unserer Ansicht aus läßt sich das Problem in dogmatisch befriedigender Weise lösen.
Aus dem zwischen Arzt und Patienten bestehenden Vertrauensverhältnis, das unabhängig vom Vertrag besteht, ergibt sich eine Aufklärungspflicht des Arztes gegenüber dem Patienten, hinsichtlich deren Umfang aber auch die Belange des Arztes (Standesethos) zu berücksichtigen sind. Soweit der Arzt seiner Aufklärungspflicht nicht nachkommt, begeht er gegenüber dem Patienten eine arglistige Täuschung durch Unterlassung. Durch diese Täuschung wird der Patient in seiner Hand-

Fortsetzung siehe S. 156

49) Siehe S. 160.

Umstritten ist auch, welche Anforderungen in Bezug auf Alter bzw. Reife des Einwilligenden gestellt wer-

---

48) Fortsetzung von S. 155:
lungsfreiheit verletzt, und zwar speziell in der Freiheit der Willensbildung. Diese schließt in sich, daß dem Patienten bei einer bedeutsamen Entscheidung die Möglichkeit zur Beschaffung einer genügenden Motivationsgrundlage gewährt werden muß.
Da es sich bei der Entscheidung, ob sich der Patient einer unter Umständen lebensgefährlichen Operation unterziehen soll, um eine für diesen höchst wichtige Frage handelt, wiegt hier die Verletzung von dessen Selbstbestimmungsrecht meist sogar noch schwerer als die Verletzung der körperlichen Bewegungsfreiheit. Aus Art. 3 GG in Verbindung mit Art. 1 und 2 GG erscheint mir deshalb eine analoge Anwendung des § 847 BGB geboten, wodurch nach unserer Ansicht der Patient nicht nur seinen materiellen Schaden ersetzt bekommen kann, sondern auch der immaterielle Schaden durch Gewährung des Schmerzensgeldes in genügendem Ausmaß gesühnt wird.
Die Konsequenzen unserer Ansicht sind:
Während nach der bisherigen Rechtsprechung den Arzt die Beweislast hinsichtlich der erfolgten Aufklärung traf, ergibt sich als Konsequenz unserer Ansicht, daß dem Patienten die Beweislast für eine Aufklärungspflichtverletzung zufällt.
Dieses Ergebnis mag im ersten Moment problematisch erscheinen. Die Bedenken zerstreuen sich aber weitgehend, wenn man sich vor Augen hält, daß bei konsequenter Durchführung der BGH-Rechtsprechung nicht nur die mangelnde Aufklärung durch den Patienten bewiesen werden müßte, sondern außerdem noch die Kausalität der unterlassenen Aufklärung für den Entschluß des Patienten durch diesen dargetan werden müßte (siehe oben!). Demnach stellt unsere Ansicht den Patienten insoweit sogar besser, als es der Rechtsprechung möglich ist. -
Übrig bleiben allerdings die Fälle, in denen keine EW des Patienten vorlag. Nach der hier vertretenen Ansicht ist der Patient auch insoweit beweispflichtig, während es nach der herrschenden Lehre

Fortsetzung siehe S. 157

den müssen, damit dieser rechtfertigend einwilligen kann. Im Strafrecht[50] stellte man schon frühzeitig,

---

48) Fortsetzung von S. 156:
der Arzt wäre. Auch hier vermag unsere Ansicht aber praktisch zu befriedigen. Ein Eingriff ohne EW des Patienten kommt nur sehr selten vor (die meisten von der Rechtsprechung entschiedenen Fälle beschäftigen sich mit der unterlassenen Aufklärung). Meist wird dem Arzt gar keine Möglichkeit zu einem solchen Vorhaben geboten. Denkbar wäre höchstens, daß der Arzt dem Patienten gegenüber angibt, einen anderen Eingriff vorzunehmen, als es in Wahrheit der Fall ist. Es ist aber kaum anzunehmen, daß ein Arzt ein derartiges Risiko auf sich nimmt (es droht ihm ja auch strafrechtliche Verfolgung), um so mehr als es heute von der Ärzteschaft allgemein akzeptiert wird, daß es zu einem Eingriff der EW des Patienten bedarf.
Das Mißtrauen der Juristen dürfte daher insoweit unbegründet sein. Man hat öfters das Gefühl, daß sie bei ihren Überlegungen zu sehr das Phantom des heilungswütigen, messerwetzenden Chirurgen vor Augen haben (typisch Art. Kaufmann ZStrW 73, 341 ff., der von einem ärztlichen Heilandswahn spricht).
Dem nicht aufgeklärten Patienten steht auch dann ein Schmerzensgeldanspruch zu, wenn der Eingriff erfolgreich war, was die Rechtsprechung, wäre sie konsequent, in den meisten Fällen ablehnen müßte. Zwar hat die Rechtsprechung das Bestehen eines Schmerzensgeldanspruchs auch in den Fällen bejaht, wo eine Heilbehandlung erfolgreich war (RGZ 68, 431), dieses Ergebnis ist aber, geht man von ihrem Ausgangspunkt das Problem an, unhaltbar. Ausgerechnet dann, wenn der Patient durch den Eingriff geheilt, von seinen Schmerzen befreit wird, soll ihm ein Schmerzensgeldanspruch unter dem Gesichtspunkt der Körperverletzung zustehen. Nichts scheint mir besser zu beweisen, daß von der Basis der Rechtsprechung und herrschenden Meinung aus ein dogmatisch befriedigender Weg zu richtigen Ergebnissen nicht gefunden werden kann.

Fortsetzung siehe S. 158

50) Siehe S. 160.

nach Aufgabe der Rechtsgeschäftstheorie Zitelmanns, darauf ab, ob der Verletzte die erforderlich Ein-

---

48) Fortsetzung von S. 157:
Bezeichnenderweise prüft dann auch der BGH in einer neueren Entscheidung (BGH JZ 59, 773 mit Anmerkung von Niederländer), ob nicht die den Schmerzensgeldanspruch begründende Verletzung bzw. die daraus resultierenden Schmerzen auch ohne den Eingriff eingetreten wären. Zwar stellt der BGH hier auf einen ganz bestimmten Schmerz ab und prüft, ob sich jener auch ohne Eingriff ergeben hätte, eine solche individualisierende Betrachtungsweise scheint mir aber der Sache nicht gerecht zu werden; entscheidend kann nur die Intensität des Schmerzes, unabhängig von dessen Lokalisierung, sein, es muß auf das Gesamtbefinden des Patienten abgestellt werden. Dies ergibt sich auch dann, wenn man sich die hier auf der Hand liegende Parallele zur Vorteilsausgleichung vor Augen hält. Ähnlich wie dort muß auch, soweit es um die Ersetzung des immateriellen Schadens, genauer um eine Genugtuung für diesen geht, berücksichtigt werden, daß der Patient durch den Eingriff von anderen Schmerzen befreit wurde.
Bei der Bemessung des Schmerzensgeldanspruchs muß das Schwergewicht auf der Verletzung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten liegen. Entscheidend ist die Bedeutsamkeit der Behandlung und der Grad der Nichtaufklärung (soweit nicht einmal die EW des Patienten zu dem Eingriff eingeholt wurde, ist dies natürlich besonders gravierend), auch die Folgen der Heilbehandlung müssen, wenn auch erst in zweiter Linie, berücksichtigt werden. Die Schwierigkeiten bei der Bemessung der Höhe des Anspruchs sind im übrigen nicht größer als die bei der Berechnung des Schmerzensgeldanspruchs bei Körperverletzung.
Daß die Bejahung eines Schmerzensgeldanspruchs rechtspolitisch durchaus wünschenswert ist, versteht sich von selbst. Der Arzt wird hierdurch davor zurückgeschreckt, in Hoffnung auf einen erfolgreichen Behandlungsverlauf ans Werk zu schreiten, ohne vorher die EW des Patienten einzuholen, bzw. diesen genügend aufzuklären. Nachdem das Strafrecht nach bisherigem Recht sowieso nicht,

Fortsetzung siehe S. 159

sichtsfähigkeit hinsichtlich der konkreten Verletzung hat, also die Bedeutung des gegen ihn gerichteten

---

48) Fortsetzung von S. 158:
aber auch nach Gesetzwerdung des Entwurfs kaum, in der Lage ist, Aufklärungspflichtverletzungen in dem Umfang zu ahnden, wie es dem Zivilrecht möglich ist, erfüllt dieses durch Gewährung eines Schmerzensgeldanspruches eine gewichtige Präventivfunktion. (Schwerlich vermag § 162 E - 1960 alle Fälle in sich aufzunehmen, in denen bisher mangels genügender Aufklärung wegen Körperverletzung bestraft wurde; der Vorbemerkung zum 4. Titel des Entwurfs § 275 kann daher nicht zugestimmt werden. Es wird hier übersehen, daß durch die Verlagerung des Aufklärungsproblems von der Ebene der Rechtswidrigkeit auf die der Tatbestandsmäßigkeit die ohnehin schon höchst problematische Ansicht der herrschenden Meinung noch bedenklicher wird. Art. 103 II GG verbietet eine so extensive "Auslegung" (!?) des Begriffs ohne EW. Soweit der Entwurf die bisherige Rechtsprechung zur Aufklärungspflicht in das Gesetz hätte übernehmen wollen, hätte es daher meiner Ansicht nach einer näheren Ausführung im Gesetzestext bedurft.)
Daß die Loslösung der Heilbehandlung vom Körperverletzungstatbestand dem materiellen Unrichtiggehalt der eigenmächtigen Heilbehandlung wesentlich gerecht wird, muß ebenfalls erwähnt werden.
Die Zulässigkeit eines Aufklärungsverzichts erklärt sich vom hier vertretenen Standpunkt aus ebenfalls leicht. Von einer Verletzung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten kann keine Rede sein, wenn dieser freiwillig auf Aufklärung verzichtet.
Wichtig ist auch, daß die hier befürwortete Umstellung der Problematik auf das Gebiet des Persönlichkeitsschutzes den BGHZ zu einer vorsichtigeren Haltung bei der Bejahung einer Aufklärungspflichtverletzung bewegen dürfte, wodurch sich die tiefe Entfremdung zwischen Arzt und Jurist, von der man wohl ohne Übertreibung sprechen kann,

Fortsetzung siehe S. 160

Eingriffs ermessen kann. Anders wurden dagegen im Zivilrecht unter dem Einfluß der Rechtsgeschäftstheorie

---

48) Fortsetzung von S. 159:
wenigstens etwas mildern könnte. Die hier befürwortete Ableitung der Aufklärungspflicht aus dem Arzt- Patientenverhältnis ist jedenfalls in besonderer Weise dazu geeignet, nicht nur einseitig auf die Belange des Patienten zu sehen, sondern auch die Interessen der Ärzte in angemessener Weise zu berücksichtigen.

49) Auch Weitnauer (in "Der Betrieb" 1961, Beilage 21: "Fragen der ärztlichen Verantwortlichkeit in zivilrechtlicher Sicht" 1 ff.) befürwortet, den Fall der eigenmächtigen ärztlichen Heilbehandlung vornehmlich unter der Perspektive einer Persönlichkeitsrechtsverletzung außerhalb der Körperverletzung zu betrachten. Er führt diesen Gedanken jedoch nicht folgerichtig weiter, so daß er in Ergebnis und Begründung weitgehend auf die BGH-Rechtsprechung hinauskommt, nur daß er da, wo der BGH von einer Körperverletzung spricht, eine Persönlichkeitsrechtsverletzung annimmt. Es ist unverständlich, wenn er zwar einerseits behauptet, die eigenmächtige Heilbehandlung werde vornehmlich unter dem Gesichtspunkt der Verletzung der Entschließungsfreiheit beachtlich (1), andererseits aber bei EW und genügender Aufklärung von einer Rechtfertigung durch EW spricht (??), während es in Wahrheit bei solchen Fällen bereits am Tatbestand einer Persönlichkeitsrechtsverletzung fehlt (siehe Weitnauer 6).

50) RGSt 41, 392; 60, 34; 70, 107; Engisch 38; Geerds 63; Keßler 101.

die §§ 107 ff. BGB[51) 52)] für maßgebend gehalten, bis sich auch hier, wie bereits oben erwähnt, in einer neueren Entscheidung eine ähnliche Entwicklung wie im Strafrecht anbahnte.

Als Begründung dafür, daß die Urteilsfähigkeit entscheidend sein müsse, wird angeführt, daß Verfügungen über die körperliche Integrität, wie sie die EW in Körperverletzungen darstellen würde, in besonders hohem Maße an die Persönlichkeit des Rechtsträgers geknüpft seien. Es handele sich hier um höchstpersönliche Lebensfragen, über die dem Minderjährigen auch sonst ein Entscheidungsrecht zugebilligt werde;[53)] so könne etwa ein 14jähriger bereits allein über seine Religionsangehörigkeit bestimmen; er könne ohne seinen Willen weder für ehelich erklärt noch adoptiert werden. Meist wird in diesem Zusammenhang auch auf Art. 2 I GG verwiesen,[54)] in dem jedem das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit garantiert sei.

---

51) RG JW 11, 748; 07, 505; RGZ 68, 431 (434); in der Literatur Enneccerus-Nipperdey § 210. II 3; Enneccerus-Lehmann § 231, III 3; Ermann-Drees § 823 10c; Larenz BT 405; Planck-Flad § 823 II, 2 Erl. 3c; Baur JZ 61, 159; Zitelmann 62.

52) Auf konkrete Einsichtsfähigkeit stellen ab: Boehmer MDR 59,706; Palandt-Gramm § 823,7 B f.; Petersen DRiZ 62,236; RGRK-Krüger-Nieland § 106 A 6; Soergel- Siebert-Seydel § 107 A 2; Staudinger A 11; teilweise wird noch innerhalb der Körperverletzung differenziert, so verlangt RGRK für EW bei der Gefälligkeitsfahrt Volljährigkeit, siehe § 111 A2.

53) BGH LM 3 zu § 107; Boehmer MDR 59, 706.

54) H. Krüger FamRZ 56, 334; a.A. Maunz-Dürig Art. 29 A 37 (bei Fußnote 2).

Das Gesetz könne dem Grundsatz, wonach der gesetzliche Vertreter für die Person des Minderjährigen zu sorgen verpflichtet sei, keinesfalls die Tragweite beigemessen haben, daß dem Vertreter zugleich eine ausschließliche und uneingeschränkte Verfügung über die körperliche Unversehrtheit des Pflegebefohlenen eingeräumt und diesem andererseits jedes Selbstbestimmungsrecht entzogen sein solle.[55] Es sei nicht einzusehen, warum im Zivilrecht etwas anderes als im Strafrecht zu gelten habe, wo schon seit langem auf die Einsichtsfähigkeit abgestellt werde; die gleiche Behandlung der zivilrechtlichen und der strafrechtlichen EW sei auf Grund der Einheit der Rechtswidrigkeit vielmehr zwingend geboten.[56] Schließlich sei nicht ersichtlich, welchen Zweck hier die Anwendung der §§ 107 ff. haben solle. Der mit diesen bezweckte Minderjährigenschutz sei ja gar nicht mehr erforderlich, soweit der Minderjährige bereits einsichtsfähig sei.

Richtig erscheint mir demgegenüber die Auffassung,[57] die prinzipiell auf die EW des gesetzlichen Vertreters abstellen will, von einer gewissen Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen aber ab, diesem ein Mitspracherecht dergestalt einräumt, daß seine EW als zusätzliche Rechtmäßigkeitsvoraussetzung erforderlich ist.

---

55) RGRK § 106 A 6.

56) BGH LM 3 zu § 107.

57) Bosch FamRZ 59, 202 f.; Fischer 277; Rümelin 22 N 4.

Daß die EW der gesetzlichen Vertreter bis zur Volljährigkeit notwendig ist, ergibt sich meiner Ansicht nach weniger aus einer analogen Anwendung der §§ 107 ff. als vielmehr aus der den Eltern bzw. dem Vormund zustehenden Personensorgeberechtigung (§§ 1626, 1793 BGB). Es vermag nicht zu überzeugen, warum die Eltern in weniger bedeutsamen Entscheidungen der persönlichen Sphäre bestimmen können, bei einer wirklich wichtigen Entscheidung ihnen dagegen jedes Mitspracherecht genommen sein soll. Daß dieses Mitbestimmungsrecht nicht schrankenlos sein kann, versteht sich ja von selbst. Die Entscheidung der Eltern hinsichtlich der Vornahme einer Operation müssen vielmehr, wie wir bereits oben sehen konnten, noch im Rahmen des Personensorgerechts vertretbar sein. Soweit der Minderjährige die erforderliche Einsichtsfähigkeit hat, wird die Entscheidungsbefugnis der Eltern bezüglich der Vornahme einer Heilbehandlung noch zusätzlich durch das Erfordernis der EW des Minderjährigen begrenzt bzw. beschnitten. Soweit die gesetzlichen Vertreter mißbräuchlich ihre EW zur nötigen Operation verweigern, wird in dringenden Fällen § 679 BGB helfen,[58] sonst kann das Vormundschaftsgericht gemäß § 1666 BGB die erforderlichen Maßnahmen treffen, in unserem Fall also die verweigerte EW der Eltern ersetzen. Bei der Frage, ob ein Mißbrauch des Personensorgerechts vorliegt, werden Einsichtsfähigkeit und Alter des Minderjährigen, der die Operation vorgenommen wünscht, eine

58) Ahrens 38; Mezger 296; Traeger 168.

bedeutende Rolle spielen.[59] Je reifer ein Minderjähriger ist, desto mehr verlagert sich der Schwerpunkt der Entscheidung auf ihn und umgekehrt, um so mehr wird der Entscheidungsspielraum der Eltern eingeschränkt. Aus deren Mitspracherecht wird so de facto mehr und mehr Aufsichtsrecht. Dadurch ist es der hier vertretenen Auffassung in besonderem Maße möglich, eine gerechte, den Umständen des Einzelfalls jeweils angemessene Lösung zu finden. Das gegen die Rechtsgeschäftstheorie angeführte Argument, sie berücksichtige nicht die Höchstpersönlichkeit des geschützten Rechtsguts, geht hier - anders als dort - fehl, nachdem die EW des Minderjährigen, soweit er die erforderliche Einsichtsfähigkeit hat, als zusätzliche Rechtmäßigkeitsvoraussetzung gefordert wird. Daß dem Minderjährigen in höchstpersönlichen Angelegenheiten stets ein alleiniges Entscheidungsrecht eingeräumt sei, kann keinesfalls gesagt werden. Bei der als Beleg hierfür zitierten Bestimmung des § 5 des Gesetzes über religiöse Kindererziehung handelt es sich um ei-

---

59) Teilweise ähnlich Lenckner 463, der aber, soweit bei dem Minderjährigen volle Einsichtsfähigkeit vorliegt, dessen EW allein zur Rechtfertigung genügen lassen will. Er sieht sich dann aber wieder genötigt, diesen Satz einzuschränken, wenn der Minderjährige trotz völliger Erkenntnis von Bedeutung und Tragweite der EW eine offensichtliche Fehlentscheidung trifft. Hier erstarke das elterliche Aufsichtsrecht wieder zum Entscheidungsrecht, das sogar dem Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen vorgehe. Diese Ansicht erscheint mir für die Praxis ebenso untragbar wie die Rechtsgeschäftstheorie; einen einsichtsfähigen Minderjährigen gegen dessen Willen zu operieren, kann schwerlich rechtmäßig sein.

nen gesetzgeberischen Mißgriff, darüber dürfte wohl kein Zweifel bestehen, der sicher keine Ausdehnung des ihm zugrundeliegenden Gedankens verträgt. Was die übrigen obengenannten Beispiele anbetrifft, handelt es sich kennzeichnenderweise um solche, zu denen auch die EW der Eltern erforderlich sind, die also gerade für die hier vertretene Auffassung angeführt werden können (§§ 1726 I S. 1 und 1747 I S. 1). Ähnliche Beispiele, die gegen ein alleiniges Bestimmungsrecht des Minderjährigen sprechen, sind auch die zweifellos ebenfalls höchstpersönlichen familienrechtlichen Rechtsgeschäfte der Verlobung[60] und der Heirat, die der Minderjährige auch nicht alleine abschließen kann.

Die hier abgelehnte Auffassung widerspricht sich auch, wenn nach der Ansicht ihrer Anhänger die Eltern ohne weiteres zur Anstaltsunterbringung ihrer Kinder befugt sein sollen, ohne hierzu auch nur der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu bedürfen.[61] [62]

---

60) Boehmer (707) hält auch für die Gültigkeit einer Verlobung zivilrechtlich die nötige Reife der Verlobten für ausreichend, anders aber die ganz herrschende Meinung im Zivilrecht, so etwa Palandt, Einf. 1 vor § 1297. Bezeichnenderweise wird im Strafrecht von der herrschenden Ansicht in Bezug auf die Gültigkeit der Verlobung bereits die entsprechende Reife der Verlobten für ausreichend gehalten (siehe die grundsätzliche Entscheidung RGSt 38, 244, anders aber RGZ 98, 15). Diese Tatsache scheint mir zu beweisen, daß Boehmers Argumentation sich in typisch strafrechtlichen Gedankengängen bewegt. Im Strafrecht hat sie auch durchaus ihre Berechtigung, während ihr für den Bereich des Zivilrechts keine Gültigkeit zukommt.

61) BGH NJW 63, 2372.

62) Siehe S. 166.

Die Befugnis auf die durch Art. 2 I GG garantierte Handlungsfreiheit kann meines Ermessens nach ebenfalls nicht als Argument gegen unsere Meinung angeführt werden, da diese ja dem Minderjährigen ein weitgehendes Selbstbestimmungsrecht einräumt, außerdem ist der Art. 2 GG mit seinen weiten Schranken ohnehin wenig justiziabel.[63]

Schließlich geht auch das Argument fehl, die §§ 107 ff. seien auch deshalb nicht anwendbar, weil der Minderjährige nicht schützenswert sei, soweit er die erforderliche Einsichtsfähigkeit hat. Genau genommen erscheint es bereits verkehrt formuliert; jedenfalls ließe es sich bei dieser Fassung gegen die Festlegung jeglicher Altersgrenze auch bei Vermögensverfügung anführen, da auch insoweit unzweifelhaft bei genügender Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen kein Schutzbedürfnis für diesen besteht. Allerdings trifft aber ein anderer Gedanke - und hieran dachte wohl die andere Ansicht - der der Schaffung der §§ 107 ff. vornehmlich

---

62) Schon Fischer 276 forderte in solchen Fällen, ähnlich wie auch zu einer Operation, die EW des einsichtsfähigen Minderjährigen.

63) H. Krüger (FamRZ 56, 334) spricht von einer sogenannten "Grundrechtsmündigkeit", die ab Vollendung des 18. Lebensjahres gegeben sein soll. Woraus sich diese Altersgrenze ergeben soll, bleibt unerfindlich, aus dem GG bestimmt nicht. Der Gedanke Krügers mag de lege ferenda einiges für sich haben (Bosch FamRZ 59, 202 f.), de lege lata kann ihm aber sicher nicht zugestimmt werden.

zugrundelag, für die EW in eine Körperverletzung nicht zu. Eine feste Altersgrenze wird dort hauptsächlich aus Gründen des Rechtsverkehrs gefordert, was für die EW in Körperverletzungen nicht maßgebend sein kann; andererseits besteht hier, wenn auch aus anderen Gründen, ebenfalls ein nicht zu unterschätzendes Bedürfnis nach Rechtssicherheit; der Arzt muß einen Anhaltspunkt dafür haben, ob er die EW der Eltern einholen muß oder nicht.[64] [65]

---

64) Es liegt nahe, hiergegen einzuwenden, auch nach der hier vertretenen Ansicht würde sich der Arzt ja insoweit in Rechtsunsicherheit befinden, als er, je nachdem, ob der Minderjährige die erforderliche Einsichtsfähigkeit hat oder nicht, dessen EW einzuholen habe. Dieses Argument erscheint mir aber als in der Praxis nicht bedeutsam. Man muß sich vor Augen halten, daß der ältere Minderjährige, der sich in ärztliche Behandlung begibt, ohnehin meist mit den zur Behandlung erforderlichen Eingriffen einverstanden sein wird, der Arzt sich aber dann erst gar nicht vor die Frage gestellt sieht, zu prüfen, ob der Minderjährige einsichtsfähig ist oder nicht.

65) Das oft gehörte Argument, da der Minderjährige über Vermögensrechte noch nicht verfügen könne, könne er dies dann aber erst recht nicht hinsichtlich so bedeutender Güter, wie es die körperliche Integrität darstelle, aus welchem Grund zumindest eine analoge Anwendung der §§ 107 ff. geboten sei (Baur JZ 61, 159), ist nicht stichhaltig, da es die Höchstpersönlichkeit der Entscheidung über die körperliche Integrität nicht in genügendem Maße berücksichtigt. Auch muß überlegt werden, daß, soweit die gesetzlichen Vertreter an der Stelle des Minderjährigen eine Entscheidung in Vermögensangelegenheiten treffen, die diesem nachteilig ist, meist eine Schadensersatzforderung des Minderjährigen gegen seinen gesetzlichen Vertreter gegeben sein wird, durch den dieser seinen Vermögensschaden wieder gut machen kann, eine Entscheidung,

Fortsetzung siehe S. 168

Abgesehen davon wurde zur Begründung unserer Auffassung in erster Linie die im BGB getroffene Regelung des Personensorgerechts herangezogen, nicht aber die §§ 107 ff. Für das Personensorgerecht erweist es sich meiner Ansicht nach nötig, durch eine gewisse Generalisierung eine klare Abgrenzung der Kompetenzen zwischen Minderjährigen und Eltern zu schaffen.
Stellt man bei der EW auf die Einsichtsfähigkeit des Verletzten ab, so würde dies schließlich auch zu anderen unliebsamen Konsequenzen führen. Der Minderjährige könnte sich entgegen dem den §§ 107 ff. zugrundeliegenden Gedanken dem Arzt gegenüber de facto zu einer Zahlung der Operationskosten verpflichten. Eine an einem urteilsfähigen Minderjährigen ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters vorgenommene Operation hätte nämlich nach ihr den Charakter einer Geschäftsführung ohne Auftrag für den Minderjährigen, da dessen, nicht der Wille des gesetzlichen Vertreters, maßgebend sein würde. Im Ergebnis könnte daher der Arzt gemäß §§ 683, 670 BGB Ersatz seiner Aufwendungen, also das übliche Arzthonorar, verlangen.[66] [67]

---

65) Fortsetzung von S. 167:
die aber hinsichtlich der körperlichen Integrität gefällt wird, irreparabel ist, da eine Schadensersatzforderung doch immer nur ein billiger Trost sein kann.

66) So auch Boehmer MDR 59, 707, der dies freilich in Kauf nehmen will.

67) Unter Aufwendungen im Sinne der §§ 683, 670 BGB sind nach heute herrschender Meinung (siehe etwa Palandt § 683,-Gramm 4) auch die Vergütungskosten des Geschäftsführers ohne Auftrag (anders als im Fall des Auftrags, so Palandt-Gramm § 670, 2) zu verstehen, die dieser, soweit das Geschäft in den Kreis seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit fällt, üblicherweise zu nehmen pflegt.

Dies scheint mir der BGH[68] zu übersehen, wenn er unter Hinweis auf die Ungültigkeit des mit dem Arzt geschlossenen Werkvertrags offenbar davon ausgeht, daß der minderjährige Patient für die rechtmäßig an ihm vorgenommene Operation nicht zu zahlen verpflichtet sei.

§ 21 Einwilligung und Freiheitsverletzung

Im Rahmen dieses Kapitels soll die Bedeutung der EW bei Verletzung der körperlichen Bewegungsfreiheit, die nach herrschender Meinung in § 823 I gemeint, und bei Verletzungen der allgemeinen Handlungsfreiheit, die zumindest durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht mitgeschützt wird, untersucht werden.[1] Zuerst

---

68) Siehe BGH LM 3 zu § 107.

1) In naher Verwandtschaft mit den Freiheitsverletzungen stehen die sogenannten Willensverletzungen (siehe hierzu Hubmann 204 ff., der diese allerdings anders als die Freiheitsverletzungen, bei denen er das Recht auf Entfaltung der Persönlichkeit als geschützt ansieht, den Rechten an der Persönlichkeit zugeordnet; ferner Maunz-Dürig Art. 2 I GG Rd. 35 ff.; Wintrich Bayr.VerwBl. 57, 139und die grundsätzliche Entscheidung BGHSt 5, 332 zur Anwendung des sogenannten Lügendetektors). Während bei jenen die freie Willensbildung und Willensbestätigung beeinträchtigt wird, ist es hier bereits die Willenskraft, die Voraussetzung für die Bildung und Betätigung des eigenen Willens ist, die angegriffen wird.
In diesen Fällen käme, wenn überhaupt, dannnur ein Ausschluß der Rechtswidrigkeit durch die EW des

Fortsetzung siehe S. 170

wollen wir die EW in die Verletzung der körperlichen Bewegungsfreiheit näher betrachten.

Die herrschende Lehre im Zivilrecht[2] und im Strafrecht[3] nimmt bei der EW in Verletzungen der Bewe-

---

1) Fortsetzung von S. 169:
Verletzten in Frage. Selbst dies muß aber abgelehnt werden. Die Tat verstößt trotz der EW des Verletzten gegen die guten Sitten. Es handelt sich bei der Beeinträchtigung der Willenskraft um einen der schwerwiegendsten Eingriffe in die sittliche Persönlichkeit des Menschen (Hubmann 205). Hier erfolgt ein systematischer Einbruch in den seelischen Eigenraum (Maunz-Dürig a.a.O.), das aber ist mit der menschlichen Würde unvereinbar (Art. 1 I GG, zur Drittwirkung der Grundrechte siehe auch A 21 unten). Im Bereich des Strafverfahrensrechts hat der in § 69 III und § 136 a III StPO seinen gesetzlichen Niederschlag gefunden. Wenn hier derartige mit EW des Verletzten vorgenommenen Verletzungen, selbst im Rahmen eines anerkannten Zwecks, wie er im Strafverfahren verfolgt wird, unzulässig sind, liegt nahe, sie auch sonst nicht zu erlauben. Eine Ausnahme kann nur dann gemacht werden, wenn sie im Zuge eines Heilverfahrens beigebracht werden (Hypnose bei psychiatrischer Behandlung!). Hier steht die Gesundheit eines Menschen auf dem Spiel, die ebenfalls Grundrechtsschutz genießt (Art. 2 II GG). Die Hypnose muß daher dann zulässig sein, wenn sie sich als ultima ratio der Behandlung eines seelischen Leidens erweist.

2) So Soergel-Siebert § 823 A 26; Zitelmann 76; BGH JZ 64, 323.

3) Frank III vor § 51; Geerds 36 f.; Renner 114 f.; Schaefer LK III zu § 239; Schwarz-Dreher 3 B; Thiemann 67; Traeger 125; a.A. Bechthold 95 ff.; Dohna DSTR 41, 38; Herkert 76; Hirsch 89; Honig 132; Noll 107 f.

gungsfreiheit Rechtswidrigkeitsausschluß an, bejaht aber die Tatbestandsmäßigkeit. Als Begründung führt sie dafür an, daß für die Freiheitsberaubung nur der objektive Zustand entscheidend sei,[4] der Betroffene sich hingegen dieses Zustands nicht bewußt zu sein brauche. Wäre man anderer Auffassung, so würde es auf den Zweck der EW gar nicht mehr ankommen; eine trotz EW sittenwidrige Freiheitsverletzung würde den Täter mangels Tatbestands nicht schadensersatzpflichtig bzw. strafbar machen.[5] Zitelmann[6] will dies an Hand des folgenden, in der Literatur später immer wieder aufgegriffenen Beispiels zeigen: "Jemand hat einen Hausdieb abgefaßt und stellte ihm darauf die Wahl, er wolle von der Anzeige bei Gericht absehen, wenn jener sich 24 Stunden bei Wasser und Brot in den dunklen Keller des Hauses zur Strafe einsperren lasse. Der Dieb willigte ein." Seiner Ansicht nach müsse die EW in diesem Fall unwirksam sein, weil sie den guten Sitten widerspreche und daher die Tat objektiv widerrechtlich geblieben sei. Als weiteres Argument wird teilweise angeführt, wenn bei etwaigen Sinnesänderungen des Eingesperrten dieser nicht in Freiheit gesetzt werde, liege ja eine Freiheitsverletzung sicher vor.[7]

---

4) So schon RGSt 61, 241; anders noch RGSt 33, 263.
5) Renner 115; Traeger 125; Zitelmann 76.
6) Zitelmann 76.
7) Traeger 125.

Meiner Ansicht nach kommt bei einer "EW" in eine "Verletzung" der körperlichen Bewegungsfreiheit jedenfalls im Zivilrecht nur ein Tatbestandsausschluß in Frage, d.h. es handelt sich hier um einen Fall des Einverständnisses. Schon dem Wortlaut nach scheut man sich davor, in den Fällen, in denen ein EV vorlag, von einer Freiheitsverletzung zu sprechen. Für diese Auffassung scheint mir auch die teleologische Auslegung des § 823 I BGB zu sprechen. Zwar mag im Strafrecht,[8] in dem die Sozialschädlichkeit des Verhaltens des Täters im Vordergrund steht, ein anderer Freiheitsbegriff maßgebend sein, im Zivilrecht wäre ein solcher Freiheitsbegriff im Rahmen des § 823 dagegen weitgehend wertlos. Wenn der Verletzte ohnehin nicht zu einer Fortbewegung entschlossen ist, was, solange sein EV vorliegt, bereits per definitionem zutrifft, so ist kein Fall denkbar, in dem eine solche "Frei-

---

8) Meiner Ansicht nach erklärt sich die dem § 239 StGB zuteil gewordene Auslegung, wie sie heute von der ganz herrschenden Meinung bejaht wird (Schwarz-Dreher § 239, 1), in erster Linie aus kriminalpolitischen Erwägungen. Durch das Einsperren des Verletzten wird diesem die Möglichkeit genommen, bei einer Sinnesänderung seinen Standort zu verlassen. Die hierdurch bedingte abstrakte Gefahr muß aber bereits strafrechtlich geahndet werden. Daß der Gesetzgeber von dieser Interpretation der Freiheitsberaubung ausging, wird leicht ersichtlich, wenn man sich vor Augen hält, daß bei § 239 der Versuch nicht strafbar ist, was bedeuten würde, daß, legt man die andere Auslegung zugrunde, soweit sich der Eingesperrte dessen zufällig nicht bewußt wird (der Einsperrung), der Täter nicht strafbar sein würde. Daß der Gesetzgeber eine solche empfindliche Gesetzeslücke lassen wollte, kann ihm aber nicht unterstellt werden. Für das Zivilrecht haben diese Überlegungen aber alle keine Geltung; hier interessiert nicht die abstrakte Möglichkeit einer Gefahr, sondern nur, ob jeweils ein Schaden eintritt oder nicht.

heitsverletzung" kausal für einen eingetretenen Schaden wurde, geschweige denn einen Schmerzensgeldanspruch begründen könnte.[9]

Gegen die andere Auffassung spricht die weitgehende Verwandtschaft zwischen der Verletzung der körperlichen Bewegungsfreiheit und der allgemeinen Handlungsfreiheit. Diese Verwandtschaft muß man selbst dann anerkennen, wenn man gegen Hubmann[10] mit der ganz herrschenden Lehre[11] die allgemeine Handlungsfreiheit

---

9) Halte ich mich z.B. in einem dunklen Kellergewölbe auf und bin entschlossen, dieses nicht zu verlassen, so kann ich später nicht deshalb einen Schadensersatzanspruch geltend machen, weil nachträglich jemand den Keller abgeschlossen hat. Dieser Handlung würde jede Kausalität für einen bei mir eingetretenen Schaden fehlen. Bin ich dagegen entschlossen, den Keller zu verlassen, werde hieran aber dadurch gehindert, daß dieser von einem anderen verschlossen wurde, so liegt auch nach der hier vertretenen Ansicht eine Freiheitsverletzung vor, aus der der Verletzte Schadensersatzansprüche geltend machen kann.

10) Hubmann 141 ff.; ähnlich auch Staudinger § 823 II A, 2c.

11) Auch die herrschende Meinung befindet sich übrigens auf dem Weg, dem Freiheitsbegriff des § 823 BGB über den Rahmen der Verletzung der körperlichen Bewegungsfreiheit hinaus Bedeutung zuzumessen, indem sie eine Verletzung der Freiheit auch dann annimmt, wenn jemand zu einer Handlung durch Gewalt oder Bedrohung genötigt wird, so Palandt § 823, 4c (der auch eine Nötigung durch Täuschung (??) genügen lassen will); RGRK A 14. Zudem wird von der herrschenden Meinung die allgemeine Handlungsfreiheit als durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützt angesehen. Mit der Zeit dürften sich daher die Unterschiede zwischen der Ansicht Hubmanns und der herrschenden Meinung weitgehend verwischen,

Fortsetzung siehe S. 174

als nicht unter den Freiheitsbegriff des § 823 I BGB fallend ansieht. Richtig gesehen handelt es sich bei der körperlichen Bewegungsfreiheit nur um einen Unterfall der allgemeinen Handlungsfreiheit, an deren Schutz der Gesetzgeber primär dachte, da sie besonders schwer und zudem auch im Vergleich zu anderen Freiheitsverletzungen leicht erkennbar ist.[12] Bei der durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützten Handlungsfreiheit beseitigt die EW, wie wir unten noch sehen werden, aber sicher bereits die Tatbestandsmäßigkeit, sonst würde etwa jede Verfügung über einen Gegenstand, die mit EV des Eigentümers vorgenommen wird, eine Verletzung von dessen Handlungsfreiheit darstellen,[13] die nur durch EW gerechtfertigt

---

11) Fortsetzung von S. 173:
nur dürfte die herrschende Ansicht vorläufig noch vorsichtiger mit der Bejahung eines Schmerzensgeldanspruchs analog § 847 BGB sein, als sie es bei einer weiteren Interpretation des Freiheitsbegriffs wäre, bei der § 847 BGB direkt Anwendung finden würde.

12) Hubmann 141: "Da der menschliche Geist sich zuerst immer der Erkenntnis und Untersuchung des Körperlichen zuwendet und erst auf dem Umweg über die Dinge der Außenwelt sich selbst erfaßt, hat er auch im Freiheitsproblem zunächst die körperliche Bewegungsfreiheit als schutzwürdig empfunden."

13) Weitnauer 6 will tatsächlich auch bei Verletzungen der allgemeinen Handlungsfreiheit nur eine Rechtfertigung durch EW annehmen. Daß diese Ansicht zur Uferlosigkeit führen muß, liegt auf der Hand.

wäre; ein Ergebnis, das sicher nicht befriedigen würde.

Was schließlich das von Zitelmann angeführte Beispiel anbetrifft, läßt sich dieses auch vom Standpunkt der hier vertretenen Meinung aus ohne Mühe befriedigend lösen. Zwar liegt hier keine Verletzung der körperlichen Bewegungsfreiheit des Diebes vor, da es bei dieser nur auf den natürlichen Willen des Eingesperrten ankommt, unabhängig von dessen Motivation und rechtlicher Bewertung, dafür handelt es sich jedoch um eine Persönlichkeitsrechtsverletzung, nämlich um eine Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit.[14)]

Der Wille des Diebes, sich einsperren zu lassen, würde durch die Drohung des Hauseigentümers herbeigeführt; eine solche Drohung genügt aber bereits zur Annahme einer Verletzung der Freiheit der Willensbildung, die von der allgemeinen Handlungsfreiheit mit umfaßt wird.[15)] Da es sich hier um eine Verletzung der Handlungsfreiheit handelt, die von ähnlicher Bedeutung wie die Verletzung der körperlichen Bewegungsfreiheit ist - der einzige Unterschied besteht darin, daß der Wille der Verletzten bereits in einem früheren Stadium beeinträchtigt wird, als es sonst bei

---

14) Es liegt hier eine Verletzung der Freiheit der Willensbildung vor, siehe hierzu Hubmann 144.

15) Noll 108 nimmt im Strafrecht das Vorliegen einer Nötigung an.

Freiheitsverletzungen der Fall ist; gegenständlich wird aber der gleiche Freiheitsbereich betroffen - kann aus Art. 1, 2 und 3 GG die analoge Anwendung des § 847 gefolgert werden,[16] wodurch die hier vertretene Auffassung aber zum gleichen Ergebnis kommt wie die herrschende Meinung.

Auch die Fälle der EW eines minderjährigen Verletzten lassen sich von unserem Standpunkt aus ohne Schwierigkeiten lösen. Bei der EW des Minderjährigen liegt zwar keine Freiheitsverletzung vor, da für das Einverständnis bereits der natürliche Wille genügt; es dürfte aber in der Regel eine Verletzung des Personensorgerechts der Eltern vorliegen, das als sonstiges Recht durch § 823 I BGB mitgeschützt wird.[17] Der dem Kind entstehende Schaden kann daher von den Eltern im Wege der Schadensliquidation im Drittinteresse geltend gemacht werden. Im übrigen darf nicht übersehen werden, daß auch hier, trotz EV des Kindes, dieses oft in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit verletzt sein wird, da eine solche Verletzung unter Umständen

---

16) Bezeichnenderweise begründet auch der BGHZ 26, 349 (355) in dem bekannten Herrenreiterfall die Bejahung des Schmerzensgeldanspruchs mit einer Analogie zu der in §§ 823 I, 847 BGB geschützten Verletzung der körperlichen Bewegungsfreiheit, obwohl es sich hier streng genommen um keine Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit, sondern um eine Ehrverletzung handelt.

17) RG HRR 28, 1413; JW 25, 377.

schon im Beschwatzen eines nicht einsichtsfähigen Kindes liegen kann.[18) 19) 20)]

---

18) Hieran scheint Hubmann 144 nicht gedacht zu haben.

19) Während bei einem Erwachsenen die Freiheit der Willensbildung erst bei Täuschung und Drohung verletzt wird, genügt meiner Ansicht nach bei einem Kind, das nicht die Einsichtsfähigkeit eines Erwachsenen hat, unter Umständen schon ein Beschwatzen. Die größere Schutzwürdigkeit des Angriffsobjekts bedingt, daß trotz geringerer Intensität der Angriffshandlung bereits eine Persönlichkeitsrechtverletzung anzunehmen ist. Dieses Ergebnis läßt sich auch auf andere Weise begründen. Beim Umgang mit Minderjährigen (in der oben geschilderten Fallage) erwachsen dem Täter besondere Schutzpflichten, soweit diesen Verpflichtungen nicht nachgekommen wird, wie hier, liegt eine Persönlichkeitsrechtverletzung vor.

20) Man denke etwa an folgenden Fall: Ein Kind, das seinen Eltern weggenommen wird, wird von einer anderen Person wochenlang im Keller eingesperrt (um an das Beispiel Zitelmanns anzuknüpfen). Da dem Kind reichlich Schokolade vorgesetzt wird, ist es mit der Einsperrung einverstanden. Hier dürfte trotz EV des Kindes zweifellos eine Persönlichkeitsrechtverletzung des Kindes vorliegen, zumindest unter dem Gesichtspunkt der Verletzung der Menschenwürde, in die das Kind jedenfalls solange nicht rechtserheblich einwilligen kann, als es noch nicht das nötige Verständnis hinsichtlich dieser menschlichen Würde hat (siehe die ähnlich gelagerte Problematik bei Ehrverletzungen).
Einen interessanten, in diesem Zusammenhang erwähnenswerten, Standpunkt nimmt Bucher, allerdings für das Schweizer Recht, an (Bucher 160), indem er in Fällen ähnlicher Art auch eine Persönlichkeitsrechtverletzung der Eltern bejaht. Bedenkt man, daß die elterliche Gewalt als ein Naturrecht zu verstehen ist (BVerfG 10, 328; BGH NJW 63, 2372; meiner Ansicht nach allerdings zu weitge-

Fortsetzung siehe S. 178

Insoweit steht dem Kind dann eventuell auch ein Schmerzensgeldanspruch zu.

Schließlich spricht auch das Argument, wenn bei etwaigen Sinnesänderungen der Eingesperrte nicht in Freiheit gesetzt werde, liege eine Freiheitsverletzung sicher vor, nicht gegen uns, nachdem hier auch unsere Ansicht zum gleichen Ergebnis kommt wie die Gegenmeinung.[21)]

Ähnliches wie für die Verletzung der körperlichen Bewegungsfreiheit gilt auch für die allgemeine Hand-

---

20) Fortsetzung von S. 177:
hend, da die elterliche Gewalt, soweit man in ihr ein Naturrecht sieht, doch nur hinsichtlich eines bestimmten Mindestbestandes naturrechtlichen Charakter haben kann, keinesfalls aber in dem Ausmaß, wie sie im BGB verankert ist, so hat dieser Gedanke einiges für sich, und es wäre dann zumindest zu überlegen, ob nicht ein dem Kind entstandener immaterieller Schaden evtl. von den Eltern im Wege der Schadensliquidation im Drittinteresse geltend gemacht werden könnte. Wir müssen uns hier mit diesem kurzen Hinweis begnügen, da die nähere Behandlung dieser Fragen den Rahmen unserer Abhandlung sprengen würde. (Kann im Wege der Schadensliquidation im Drittinteresse auch ein immaterieller Schaden geltend gemacht werden, oder ist hier die Verbindung von Rechtsverletzung und immateriellem Schaden derart eng, daß, anders als bei materiellen Schäden, Rechtsverletzung und Schaden in einer Person zusammentreffen müssen?)

21) Siehe auch A 9 .

lungsfreiheit; auch bei ihr wird durch das EV bereits die Tatbestandsmäßigkeit der "Verletzung" ausgeschlossen.[22]

In diesen Fällen ist der Sprachgebrauch noch eindeutiger als bei der Verletzung der körperlichen Bewegungsfreiheit, da hier, anders als dort, weitgehend eine Möglichkeit fehlt, sich an äußeren Zuständen zu orientieren, vielmehr nur auf den Willen des "Verletzten" abgestellt werden kann, zudem ein anderer Freiheitsbegriff zur Uferlosigkeit führen müßte; es wäre kaum eine Handlung denkbar, die nicht wenigstens tatbestandsmäßig eine Freiheitsverletzung darstellen würde. Ein so weitgehender Freiheitsbegriff[23] wäre

---

22) Die Richtigkeit unserer Ansicht wird auch durch einen Blick auf das Strafrecht bestätigt. Bei der der zivilrechtlichen Verletzung der Handlungsfreiheit entsprechenden strafrechtlichen Nötigung (§ 240 StGB), in der, ähnlich wie hier, auch die Freiheit der Willensbildung und der Willensbetätigung geschützt wird, ist es allgemeine Meinung, daß, wenn der "Verletzte" ohnehin zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung entschlossen war, mit anderen Worten sein EV vorlag, bereits der Tatbestand einer Nötigung entfällt (Schwarz-Dreher § 240, 1).
Daß z.B. im Staatsrecht, so etwa in Art.2 GG, ein anderer Freiheitsbegriff maßgebend ist, spricht nicht gegen uns. Der hier verwendete "potentielle Freiheitsbegriff" ergibt sich aus der Zwecksetzung der Grundrechte.

23) Hubmann 140 ff. spaltet aus dem Recht auf allgemeine Handlungsfreiheit verschiedene Teilrechte ab, so die Betätigung der Arbeitskraft, die gewerbliche Betätigung usw. Für alle diese Rechte gilt das oben Gesagte entsprechend. Man nehme als Beispiel, daß der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer mit allen

Fortsetzung siehe S. 180

aber sinnlos und kann unserem Recht schwerlich zugrundeliegen. Er wäre insbesondere im Rahmen des § 823 I rechtspolitisch unvertretbar.[24)]

---

23) Fortsetzung von S. 179:
möglichen Repressalien droht, wenn er seinen Arbeitsplatz wechseln und zur Konkurrenz gehen würde. War der Arbeitnehmer von vornherein entschlossen, seinen alten Arbeitsplatz beizubehalten, und ist er dies auch für die Zukunft, so kann von einer Verletzung seines Rechts auf Betätigung der Arbeitskraft keine Rede sein.
Eine gewisse Verwandtschaft mit den Freiheitsrechten weisen einige von der Rechtsprechung anerkannte Rechte, wie das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb auf (auch ein Recht auf Ausübung der ärztlichen Praxis u.ä. wird heute zunehmend anerkannt, siehe Palandt-Gramm § 823,7g;offen Ermann-Drees 71;RG 155,254(259);a,A.RGRK-Haager §823 A 31). Bei diesen Rechten ist es der Besitzstand, einschließlich der in ihm verkörperten immateriellen Werte, der geschützt wird und nicht mehr, wie bei der Handlungsfreiheit, primär der Wille des Betroffenen. (Der Gewerbebetrieb ist allerdings Produkt eines Willens, weshalb man auch teilweise liest, Schutzobjekt sei hier der verkörperte Wille so RGRK-Haager A 31).Die EW vermag hier nur die Rechtswidrigkeit auszuschließen, eine Beeinträchtigung des Gewerbebetriebs liegt ja auch dann vor, wenn der Inhaber einwilligte. Zwar handelt es sich bei dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb um ein Immaterialgüterrecht (Hubmann 140), da bei ihm aber die persönlichkeitsrechtliche Komponente bereits stark verkümmert ist, wird man in entsprechender Anwendung des § 107 BGB die Geschäftsfähigkeit als Voraussetzung für die Wirksamkeit der EW fordern müssen.

24) Streng zu trennen vom EV sind auch hier vertragliche Beschränkungen des Freiheitsrechts. Soweit nicht bereits wegen EV der Tatbestand einer Freiheitsverletzung entfällt, vermag der Vertrag u.U. noch die Freiheitsverletzung zu rechtfertigen. Es stellt sich dann das Problem, inwieweit auf die

Fortsetzung siehe S. 181

Zusammenfassend kann daher gesagt werden: Durch das EV des Verletzten wird bei Freiheitsverletzungen,

---

24) Fortsetzung von S. 180:
allgemeine Handlungsfreiheit und die aus ihr fließenden einzelnen Freiheitsrechte, wie etwa die Gewerbefreiheit, durch Vertrag verzichtet werden kann. Bei der Lösung dieser Frage ist es von entscheidender Bedeutung, ob man eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte bejaht (so Leisner, Grundrechte ...; Nipperdey, Grundrechte II, 20; BAG 1, 191; BAG NJW 62, 1982) oder nur einen mittelbaren Einfluß über die Generalklauseln der §§ 13, 242, 826 BGB für angebracht hält (so Dürig, Festschrift für Nawiasky 1956, 157 ff.; Maunz-Dürig, Art. 1 II R.d. 127 ff.).
Man wird eine unmittelbare Drittwirkung bejahen müssen. Die im GG gegebene objektive Wertordnung läßt sich nur dann realisieren, wenn man den Grundrechtsschutz auch auf das Privatrecht ausdehnt. Der von Dürig unternommene Versuch, über die Generalklauseln des BGB die Grundrechte mittelbar auf das Privatrecht einwirken zu lassen, vermag allein nicht zu befriedigen, da diese Vorschriften - so z.B. § 138 BGB - subjektive Vorwurfselemente enthalten, womit sie aber den Schutz der im GG verbürgten Werte nicht in ausreichendem Maße gewährleisten können (ein typisches Beispiel hierfür scheint mit der von RG JW 19, 443 entschiedene Fall, wenn dort ausgeführt wird, ein Vertrag, durch den der Schuldner völlig unselbständig gemacht wird, sei rechtswirksam, wenn der Gläubiger die wahre Vermögenslage des Schuldners nicht kannte).
Die Erstreckung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr ist auch insoweit notwendig, als in einer hochspezialisierten und arbeitsteiligen Wirtschaft, wie wir sie heute vorfinden, eine Vielzahl von Abhängigkeitsverhältnissen besteht, innerhalb derer, ähnlich wie im Verhältnis zum Staat, ein ausreichender Schutz des Individuums gesichert sein muß; ja, man geht wohl kaum fehl, wenn man einen derartigen Schutz als rechtspolitisch noch dringlicher bezeichnet.
Man wird hinsichtlich des "wie" der Drittwirkung mit Leisner (384) annehmen müssen, daß für das Aus-

Fortsetzung siehe S. 182

gleich welcher Art, bereits die Tatbestandsmäßigkeit einer Freiheitsverletzung ausgeschlossen.

§ 22 Die Bedeutung der Einwilligung bei Ehrverletzungen

Daß die "EW" in eine Ehrverletzung, jedenfalls in gewissem Umfang, rechtlich bedeutungsvoll ist, dürfte heute wohl einhellige Meinung sein.[1] Strittig ist

---

24) Fortsetzung von S. 181:
maß, in dem auf den Grundrechtsschutz verzichtet werden kann, die Gesetzesvorbehalte bei den einzelnen Grundrechten maßgebend sind. Der Einwand Dürigs (Maunz-Dürig III Rd. 130), die hier vertretene Ansicht verkenne, daß das GG dem Staat gegenüber auch jene Freiheit gewähre, sich über Grundrechtssätze, die für staatliches Handeln unabdingbar sind, unter koordinierten Rechtsgenossen hinwegsetzen zu dürfen, geht dann fehl, weil er übersieht, daß hinsichtlich des Umfangs der Verzichtbarkeit von Persönlichkeitsrechten unsere Ansicht die Vertragsfreiheit als im Privatrecht wichtigen Faktor berücksichtigt, indem sie den einzelnen Grundrechten nur einen Mindestschutz angedeihen läßt. Daß daneben noch eine mittelbare Drittwirkung im Sinne Dürigs zu bejahen ist, versteht sich von selbst. Ein näheres Eingehen auf diese Problematik ist im Rahmen der gegebenen Themastellung leider nicht möglich.

1) Die Auffassung, daß die "EW" in Ehrverletzungen stets wirkungslos sei, weil der einzelne nicht über seine Ehre verfügen könne, wurde früher von Hälschner 470 vertreten.

aber auch hier, ob die EW bereits den Tatbestand[2] einer Ehrverletzung[3] auszuschließen vermag, oder ob sie erst auf der Ebene der Rechtswidrigkeit[4] wirksam wird.

Die herrschende Meinung entscheidet sich bei der EW für Rechtswidrigkeitsausschluß. Die Beleidigung verlange nur eine Kundgabe der Mißachtung, auf diese könne aber das Verhalten des Verletzten keinen Einfluß nehmen.[5] Eine Nichtachtung sei auch bei EW denkbar, denn der Betroffene könne über seinen objektiven Wert nicht durch seinen subjektiven Willen bestimmen,[6] "gleichgültig, ob der Betroffene mit der

---

2) Für Tatbestandsausschluß Creifelds 20 A 36; Dahm JW 36, 2503; Dohna BStr 41, 39; Lenckner 450; Mezger STB BT 102; Schlosky 21; RGSt 41, 39; OLG Hamburg JR 50, 408.

3) Für die Anerkennung der Ehre als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Hubmann 224 ff.; Enneccerus-Nipperdey 591; Larenz BT 390.
Die herrschende Meinung sieht, wie oben bereits erwähnt, die Ehre über das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützt an, sowie durch die Bestimmungen der §§ 823 II, 824 und 826 was aber für den Schutz der Ehre, die für viele Menschen das heiligste Gut bedeutet, noch nicht ausreichend ist (Hubmann 225).

4) Bechthold 116 ff.; Busse 50; Geerds 32; Herkert 63; Honig 123; Noll 105 ff.; Traeger 126 f.; BGHSt 11, 67 (71); im Zivilrecht wird die Frage nicht näher untersucht, da hier die Ehre von der herrschenden Meinung zu Unrecht noch nicht als sonstiges Recht i.S. des § 823 I BGB anerkannt wird; da aber zumindest ein gewisser Schutz über das allgemeine Persönlichkeitsrecht bejaht wird, dürfte sie insoweit bereits zum Tatbestandsausschluß neigen (siehe BGHZ 26, 349 (355), wo in Fällen solcher Art eine Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit bejaht wird).

5) Herkert 63; Renner 117; Thiemann 74.

6) Bechthold 118.

Mißachtung des anderen einverstanden ist oder nicht, der nach objektiven Maßstäben zu ermittelnde Wert des Betroffenen wird beeinträchtigt". Die andere Ansicht würde auch insoweit bedenkliche Konsequenzen mit sich bringen, als bei ihr die EW selbst dann Bedeutung habe, wenn die Tat trotz der EW gegen die guten Sitten verstoße.[7] [8] "Diese Annahme müßte schließlich auch die Wirksamkeit der EW jugendlicher Personen, die nicht die nötige Einsicht hinsichtlich ihres Gutverzichts besitzen, gelten lassen, denn das die Tatbestandsmäßigkeit erfassende Einverständnis erfordert zu seiner Wirksamkeit seitens der zustimmenden Person lediglich die Fähigkeit, einen natürlichen Willen zu bilden."

Richtiger Ansicht nach ist gegen die herrschende Meinung zu entscheiden; soweit eine EW in eine Ehrverletzung vorliegt, dürfte, von gewissen, unten noch zu untersuchenden Fällen abgesehen, bereits die Tatbestandsmäßigkeit ausgeschlossen sein. Es wäre unnatürlich, in der Zusendung von Aufklärungsmaterial mit "EW" des Adressaten oder in der Aufforderung an einen anderen, eine strafbare Handlung zu begehen, wenn dieser sich zur Ausführung des Verbrechens vorher bereit erklärt hat, eine Ehrverletzung zu sehen.[9] Auch im

---

7) Renner 116.

8) Renner 116 f.

9) So auch Lenckner 450; a.A. aber hinsichtlich der Zusendung von Aufklärungsmaterial BGHSt 11, 67 (72).

außerehelichen Geschlechtsverkehr mit einer Frau kann bei deren EW keine Beleidigung angenommen werden.

Wäre man in diesen Fällen anderer Ansicht, so würde, nachdem für das Vorliegen einer Beleidigung keine Beleidigungsabsicht des Täters erforderlich ist, der Beleidigungsbegriff über die Maßen ausgedehnt werden und zur Uferlosigkeit führen, was mit der Struktur des § 823 I BGB, der eng umgrenzte Tatbestände schaffen wollte, schwer vereinbar wäre. Zudem würde hier, anders als etwa hinsichtlich der Anerkennung des ebenfalls schwer faßbaren allgemeinen Persönlichkeitsrechts, auch kein rechtspolitisches Bedürfnis für eine so weite Auslegung bestehen.

Um festzustellen, ob eine Kundgabe der Mißachtung gegenüber einer Person vorliegt, muß man im übrigen bezeichnenderweise auch die betroffene Person mit in die Betrachtung einbeziehen. Ob eine Mißachtung vorliegt, läßt sich nicht abstrakt, gewissermaßen im luftleeren Raum, feststellen. Bezeichne ich einen Handwerker als solchen, wird schwerlich jemand auf den Gedanken kommen, hierin eine Beleidigung zu finden, anders dürften die Auffassungen aber dann sein, wenn ich einen hochqualifizierten Wissenschaftler so tituliere. Schließlich ist für die Frage, ob eine Kundgabe der Mißachtung vorliegt, auch das Milieu von Täter und Verletztem entscheidend. In breiten Volkskreisen ist eine derbe Ausdrucksweise durchaus üblich und niemand wird bei ihr an eine Beleidigung denken.[10] Es ist

---

10) Schlosky 21.

also keineswegs so, wie die hier abgelehnte Auffassung annimmt, daß für die Frage, ob eine Kundgabe der Mißachtung gegenüber einem anderen vorliegt, dessen Verhalten ohne Belang ist.

Die andere Meinung scheint mir auch aus einem anderen Grund als zu formalistisch abzulehnen zu sein. Sie berücksichtigt nicht in genügendem Maße den materiellen Unrechtsgehalt der Beleidigung, der sinnvollerweise nur darin gesehen werden kann - wie auch unser obiges Beispiel nahelegt -, daß der Beleidigte unter seinem wahren Wert behandelt wird.[11] Man wende hiergegen nicht ein, daß es nicht angehe, die Tatbestandsmäßigkeit der Beleidigung von der Schutzwürdigkeit des Verletzten abhängig zu machen. Bereits oben wurde die eminente Bedeutung der Schutzwürdigkeit einer Person für das Zivilrecht dargelegt. Bezeichnenderweise wird sogar im Strafrecht, in dem die Schutzwürdigkeit des Verletzten sonst ohne Einfluß auf die Strafbarkeit des Täters ist, im Fall einer Ehrverletzung auf geschlechtlichem Gebiet (§ 182 StGB) die Tatbestandsverwirklichung von der Schutzwürdigkeit des Opfers abhängig gemacht. Daß bei Ehrverletzungen die Schutzwürdigkeit des Verletzten von besonderer Bedeutung für die Bewertung des Verhaltens des Täters ist, ist auch leicht erklärlich, da bei Verletzungen solcher Art kaum öffentliche Interessen im

---

11) Lenckner 450.

Spiele stehen,[12] dann aber in besonderem Maße auf die Person des Verletzten abgestellt werden kann. Das mangelnde öffentliche Interesse ergibt sich daraus, daß für das Recht nicht das geringste Interesse daran besteht, die Ehre des sich selber in der Achtung seiner Mitmenschen derabsetzenden gegen den Angriff desjenigen, dem gegenüber in die ehrkränkende Handlung eingewilligt ist, zu schützen.[13] [14]

Wenn von der anderen Meinung weiter ausgeführt wird, unsere Auffassung berücksichtige nicht in genügendem Maße, daß sich der Wert des Verletzten nach objektiven Maßstäben bestimme, so vermag ich nicht einzusehen, wie dieses Argument gegen uns zu sprechen vermag. Daß sich der Wert des Verletzten nach objektiven Maßstäben bestimmt, wird auch von uns nicht im geringsten bestritten, da dieser Satz selbstverständlich ist. Das Recht muß immer objektive Maßstäbe zugrundelegen. Unzweifelhaft muß aber der Wert des Verletzten,

---

12) Noll 105 A 89; Thiemann 76; Traeger 126 f.

13) Das erkennt auch Traeger 126, der jedoch hieraus den Schluß ziehen will, daß es bei der Beleidigung nicht darauf ankommen könne, ob die Tat gegen die guten Sitten verstößt oder nicht; ähnlich Thiemann 76.

14) Daß das öffentliche Interesse an der Verfolgung von Ehrdelikten wesentlich geringer ist, als etwa das an der Verfolgung der Körperverletzungen, ergibt sich bereits daraus, daß gemäß § 232 StGB sogar bei einer leichten Körperverletzung eine Strafverfolgung ohne Antrag des Verletzten möglich ist, während selbst bei schweren Ehrverletzungen gemäß § 194 StGB eine Strafverfolgung ohne Antrag des Beleidigten nicht möglich ist.

um den es hier allein geht, unter Berücksichtigung der Person des Beleidigten bestimmt werden. Die Argumentation der anderen Ansicht scheint mir daher auf einer Verwechslung von Wertmaßstab und Wert zu beruhen. Entscheidend für unsere Ansicht scheinen mir aber gerade ihre praktischen Konsequenzen zu sprechen, was von der herrschenden Meinung übersehen bzw. gründlich verkannt wird.

Würde man der anderen Auffassung folgen und zudem den Begriff der Sittenwidrigkeit für maßgebend halten, der von der ganz allgemeinen Auffassung im Gegensatz zu unserer Meinung für richtig gehalten wird, so würde dies dazu führen, daß die EW in Beleidigungen in nahezu allen Fällen wirkungslos wäre, da sie gegen die guten Sitten verstößt. Daß dieses Ergebnis aber schwerlich richtig sein kann, bedarf wohl keiner näheren Erörterung. Legt man den von uns befürworteten Begriff der guten Sitten zugrunde, so wird ein solcher Sittenverstoß zwar nur selten anzunehmen sein, selbst dann kann dies aber nicht gegen uns sprechen; es erscheint eher als richtig, bereits den Tatbestand einer Beleidigung auszuschließen, als erst dessen Rechtswidrigkeit. Auf jeden Fall kann aber gesagt werden, daß unsere Ansicht in punkto Sittenwidrigkeit praktisch mindestens genauso befriedigt wie die gegenteilige Meinung.

Auch das EV eines Minderjährigen bereitet uns keine Schwierigkeiten, während die andere Auffassung von ihrem Standpunkt aus in schwere Konflikte zwischen der Entscheidungsfähigkeit eines bereits einsichtsfähigen

Minderjährigen und dem elterlichen Personensorgerecht gerät, aus denen heraus sie Mühe hat, zum richtigen Ergebnis zu kommen, nämlich auf die Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen abzustellen.[15] Der Wert einer Person sinkt unserer Ansicht nach nur insoweit durch ihr EV mit einer Beleidigung, als sie die erforderliche Urteilsfähigkeit hinsichtlich der Bedeutung und Tragweite einer gegenüber ihr begangenen Ehrverletzung hat.[16] Von einer Wertminderung des Verletzten kann nur dann gesprochen werden, wenn sich dieser der in seinem EV liegenden Preisgabe seiner Ehre bewußt ist. So wird bei einer noch unreifen Jugendlichen, die den Wert ihrer Geschlechtsehre noch nicht begriffen hat, durch deren EV mit dem Geschlechtsverkehr im allgemeinen der Tatbestand der Beleidigung noch nicht ausgeschlossen.[17]

Wenn das EV durch Drohung herbeigeführt wurde, vermag es ebenfalls den Tatbestand einer Ehrverletzung nicht auszuschließen. Ein solches EV setzt den sich einer Drohung Fügenden nicht in seiner Ehre herab. Er erscheint nach wie vor als schutzwürdig.[18]

---

15) Würde man hier auch die EW des Personensorgeberechtigten fordern, so käme eine rechtswirksame EW in die Ehrverletzung eines Minderjährigen fast nie in Frage, da sich die Befugnis zu EW insoweit aus dem Personensorgerecht nicht mehr ableiten laße.

16) Lenckner 451.

17) RGSt 75, 180; BGHSt 5, 363; 8, 357.

18) Hier zeigt sich deutlich, daß es sich bei dem tatbestandsausschließenden EV bei Ehrverletzungen um eine besondere Art des EV handelt, das von dem im

Fortsetzung siehe S. 190

In bestimmten Fällen der Ehrverletzung kommt allerdings trotz EW des Beleidigten kein Tatbestandsausschluß in Frage. Das dürfte vor allem dann der Fall sein, wenn es sich um ganz besonders schwere Arten von Ehrverletzungen handelt,[19] wie sie oft bei übler Nachrede und Verleumdung gegeben sein werden.[20] Erklärt sich jemand mit einer gegen ihn gerichteten Verleumdung einverstanden, etwa mit der Behauptung, er habe gestohlen, was aber nicht der Wirklichkeit entspricht, so wird er durch diese Ehrverletzung schlechter gemacht, als er wirklich ist;[21] wenn jemand zuläßt, daß derartiges über ihn erzählt wird, so sinkt er hierdurch in seinem Ehranspruch nicht in gleicherWeise, wie es der Fall wäre, wenn er die ihm zugeschobene Tat tatsächlich begangen hätte. Er bietet daher insoweit nach wie vor ein taugliches Angriffs-

---

18) Fortsetzung von S. 189:
allgemeinen Teil behandelten Unterfall des EV abweicht. Anders als dort, genügt für das EV noch nicht die natürliche Willensfähigkeit, andererseits ist aber ein durch Drohung herbeigeführtes EV stets irrelevant.

19) Ähnlich Schwarz-Dreher A 1 Db zu § 185, der allerdings im Regelfall Rechtswidrigkeitsausschluß und nur ausnahmsweise Tatbestandsausschluß annimmt.

20) Noll 106 will im Schweizer Recht bei Beleidigungen die EW stets wirksam werden lassen, während er ihr bei übler Nachrede und Verleumdung stets die Wirksamkeit abspricht.

21) Das ist ein Gesichtspunkt, der bei Formalbeleidigungen, bei denen praktisch immer bereits Tatbestandsausschluß durch EV vorliegen wird, nie bedeutsam werden kann, da sich hinter diesen Formalbeleidigungen keine konkrete Aussage verbirgt, sie vielmehr nur die Geringschätzung des Beleidigten durch den Täter ausdrücken.

objekt für eine Beleidigung. Es stellt sich dann aber die Frage, ob nicht wenigstens durch die EW die Rechtswidrigkeit der Tat ausgeschlossen wurde. Meiner Ansicht nach muß auch in diesen Fällen eine EW prinzipiell möglich sein, da ja der Beleidigte in erster Linie durch den Tatbestand der Ehrverletzung geschützt werden soll. Praktisch dürfte allerdings eine rechtfertigende EW nur selten vorliegen, da bei Ehrverletzungen von derart schwerer Art, wie es die hier interessierenden meist sind, die Tat trotz der EW oft gegen die guten Sitten verstoßen wird. Zwar wurde oben gesagt, daß eine Ehrverletzung, in die eingewilligt wurde, nur selten sittenwidrig sein dürfte, es ist aber zu beachten, daß bei Ehrverletzungen von solcher Intensität sehr wohl ein Interesse der Allgemeinheit dahingehend besteht, daß ihre Bürger nicht in dieser Art verächtlich gemacht werden, vor allem auch deshalb, weil es für jedermann von Bedeutung ist, ob die bezüglich anderer erzählten verächtlich machenden Behauptungen tatsächlich der Wirklichkeit entsprechen oder nicht. Dies kann ja für die Beziehungen und das Verhalten gegenüber dem Verletzten von entscheidender Wichtigkeit sein: Man muß wissen, ob man sich auf den betreffenden Beleidigten verlassen kann oder aber, ob man sich vor ihm in Acht nehmen muß. Schließlich sind solche Ehrverletzungen auch von besonders schwerer Moralwidrigkeit, so daß das Recht auch insoweit zur Verwirklichung des sittlichen Minimums eingreifen muß. Soweit nach dem hier Gesagten die Rechtswidrigkeit durch die EW nicht ausgeschlossen wird, kann der Schadensersatzanspruch des Verletzten auf Grund der

§§ 254 und 817 S. 2 BGB gemindert bzw. ausgeschlossen sein.[22)]

§ 23 Die Einwilligung in Verletzungen der Geheimsphäre

Unter einem Geheimnis versteht man eine nur einem beschränkten Personenkreis bekannte Tatsache, deren Geheimhaltung der davon Berührte im eigenen Interesse

---

22) Es stellt sich dann auch die dem zivilrechtlichen Problem, ob der Einwilligende trotz EW einen Schadensersatzanspruch hat, entsprechende Frage, ob der Einwilligende nicht sein zur Strafverfolgung erforderliches Antragsrecht verwirkt hat. Die Argumentation, der Verletzte könne keinen Antrag mehr stellen, da dies ein "venire contra factum proprium" darstellen würde, erscheint mir im Strafrecht auf jeden Fall verfehlt, da sie zu sehr privatrechtlichen Gedankengängen verfangen ist und nicht genügend berücksichtigt, daß es im Strafrecht auch bei den Antragsdelikten primär um den staatlichen Strafanspruch geht, den ein treuwidriges Verhalten des Verletzten nicht aufzuheben vermag. Die andere Ansicht wäre auch rechtspolitisch höchst bedenklich, da nach ihr der Verleumder bei EW des Verletzten nie mit einer Strafverfolgung zu rechnen hätte, womit der Streit nach der Wirksamkeit der EW praktisch nur noch akademisches Interesse hätte. Für Verwirkung des Antragsrechts aber Bechthold 202; Honig 126; dagegen RGSt 14, 202 (204); Noll 87.

will.[1) 2)] Als Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts wird es durch § 823 I BGB geschützt. Auch für die Geheimnisverletzung stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls wie hier die EW des Verletzten bedeutsam werden kann.

Das Problem ist im Zivilrecht bisher nur wenig untersucht; anders aber im Strafrecht, in dem in den §§ 299 und 300 StGB das Brief- und das Berufsgeheimnis geschützt wird. Auf die dort vertretenen Auffassungen soll daher wegen der weitgehend dem Zivilrecht ähnlichen Problemstellung zunächst eingegangen werden. Daß die EW der Person, deren Geheimnis geschützt wird, in irgend einer Weise, d.h. zumindest rechtfertigend wirken muß, ist heute einhellige Meinung und ergibt sich auch hier daraus, daß es sich bei den geschützten Geheimnissen um private Geheimnisse, also private

---

1) Frank § 300 I; Schwarz-Dreher § 300, 2 A; im Zivilrecht ähnlich Hubmann 235 f.

2) Neben der Geheimsphäre wird auch die Privatsphäre durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützt, siehe hierzu Hubmann 227 ff. und ihm folgend Siegert BB 58, 419 (421). Die Privatsphäre umfaßt dabei jenen Teil des Eigenlebens, der an sich offen zu Tage tritt und für jeden ohne weiteres zugänglich ist (Hubmann 228). Der Privatsphäre gewährt das allgemeine Persönlichkeitsrecht dabei nur Schutz vor der Öffentlichkeit. Der EW in Verletzungen der Privatsphäre kommt weitgehend die gleiche Bedeutung und Wirkung wie der in Verletzungen der Geheimsphäre zu, daher wird sie im Rahmen dieser Arbeit nicht gesondert behandelt.

Rechtsgüter handelt. Demgemäß nimmt die herrschende Meinung[3] auch tatsächlich an, daß durch die EW die Rechtswidrigkeit einer Geheimnisverletzung ausgeschlossen werde, während eine Minderauffassung bereits Tatbestandsausschluß bejaht.[4]

Diejenigen, die annehmen, es handele sich hier um einen Fall des EV, begründen ihre Ansicht meist damit, daß ein Geheimnis einen Geheimhaltungswillen voraussetze, an dem es aber fehle, wenn der Berechtigte, d.h. der, dessen Geheimnis geschützt werde, einwillige.[5]

Daß diese Auffassung, jedenfalls in der Allgemeinheit, in der sie vertreten wird, unhaltbar ist, ist leicht ersichtlich. Sie würde konsequenterweise dazu führen, daß niemand mehr einem anderen ein Geheimnis mitteilen könnte, da bereits in dem Moment, in dem er sich zur Mitteilung an einen anderen innerlich entschlossen hat, mangels Geheimhaltungswillen kein Geheimnis mehr vorliegen würde. Das wäre auch dann der Fall, wenn der Mitteilende wollte, daß niemand außer dem

---

3) Bechthold 128; Geerds 27; Jagusch LK § 299-5 und § 300-5; Noll 109; Sauer AT 136; Schwarz-Dreher § 299-2 und § 300, 4 A.

4) Creifelds 12; Busse 46; Gerland 544; Olshausen § 300, 9 A; Herkert 65, Traeger 117.

5) Busse 46; Herkert 65.

Mitteilungsempfänger von dem Gesagten erfährt und diesen daher zum Stillschweigen verpflichtet. Wenn ich im Garten einen Goldschatz vergrabe und dies dem B sage, der es zu einem Vertrauten C weitererzählen darf, mein Wille aber dahin geht, daß sonst niemand etwas von dem Schatz erfahren soll, wird wohl niemand im Ernst behaupten wollen, hier läge kein Geheimnis mehr vor. Nur in ganz besonders gelagerten Fällen wird durch die "EW" tatsächlich bereits die Tatbestandsmäßigkeit einer Geheimnisverletzung ausgeschlossen, nämlich dann, wenn ich einen anderen ermächtige, eine von mir vorher geheimgehaltene Sache nun jedermann mitzuteilen; in diesem Fall fehlt mir tatsächlich der Geheimhaltungswille und es liegt kein Geheimnis mehr vor; nicht aber ist dies dann bereits der Fall, wenn ich jemand anderem erlaube, einer anderen Person die geheime Sache mitzuteilen, sonst aber auf Stillschweigen Wert lege.[6] Normalerweise liegt jedenfalls, das muß noch einmal betont werden, trotz EW kein Tatbestandsausschluß vor, da die EW ja im allgemeinen nur bezüglich der Mitteilung einer ganz bestimmten Person gegenüber erfolgt.

Zu prüfen ist die Frage, welche Anforderungen hinsichtlich Alter bzw. Einsichtsfähigkeit an den Einwilligenden gestellt werden müssen, damit dieser rechtfertigend einwilligen kann. Hält man sich vor Augen,

---

6) Richtig Bechthold, der darauf hinweist, daß das Geheimnis meist nur gegenüber einzelnen Personen preisgegeben werde (Bechthold 130).

daß unter Zugrundelegung obiger Definition für die Frage, ob ein Geheimnis vorliegt, der natürliche Wille des Geheimnisgeschützten maßgebend ist,[7] so daß jeder Willensfähige bereits die Tatbestandsmäßigkeit

---

7) Meiner Ansicht nach gibt es allerdings, was von der herrschenden Meinung nicht genügend beachtet wird, einen gewissen Intimbereich, der unabhängig davon besteht, ob der Wille der Person, der er zugehört, auf Geheimhaltung geht oder nicht. Diesem Intimbereich gehören derartige eine Person betreffende Umstände und Gegebenheiten an, die bereits unabhängig vom Willen des Betroffenen als objektiv schützenswert angesehen werden müssen, da ihre Geheimhaltung für die einzelne Persönlichkeit besonders bedeutsam ist. Daß dem so sein muß, wird leicht ersichtlich, wenn man sich vor Augen hält, daß es gut möglich ist, daß bestimmte eine Person betreffende Tatsachen, die objektiv als durchaus schützenswert erscheinen, der betreffenden Person gar nicht bekannt sein können, so daß sie auch keinen diesbezüglichen Geheimhaltungswillen haben kann, dann aber als Konsequenz der von der herrschenden Meinung vertretenen Ansicht, ein Geheimnisschutz gar nicht eingreifen könnte, was schwerlich befriedigen würde. Allgemein dürfte dann folgendes gesagt werden können: Je mehr eine eine Person angehende Tatsache objektiv schützenswert erscheint, um so weniger ist zur Bejahung eines Geheimnisses ein subjektives Geheimhaltungselement, d.h. ein Geheimhaltungswille erforderlich. Soweit hinsichtlich des Geheimnisses der objektive Geheimhaltungstatbestand im Vordergrund steht, kann aber auch die Fähigkeit, einen eigenen Willen zu bilden, für die Rechtswirksamkeit der vom Einwilligenden erteilten EW noch nicht ausreichen. Man wird vielmehr unter Zugrundelegung des im allgemeinen Teil Gesagten die EW des Personensorgeberechtigten verlangen müssen, da es sich um eine wichtige, die Person des Minderjährigen betreffende Entscheidung handelt, sowie wegen der persönlichkeitsrechtlichen Struktur dieses Rechts auch die des einsichtsfähigen Minderjährigen.

einer Geheimnisverletzung ausschalten kann, so muß man auch für die EW schon die Fähigkeit zu eigener Willensbildung als genügend ansehen, so sehr dieses Ergebnis vielleicht auch momentan überraschen mag. Nicht richtig ist jedenfalls, wenn die herrschende Meinung im Strafrecht, soweit sie nicht bereits Tatbestandsausschluß annimmt, auch hier auf die erforderliche Einsichtsfähigkeit des Verletzten abstellen will. Sie verkennt, daß durch den Schutz der Geheimsphäre mittelbar auch der Wille des Verletzten mitgeschützt wird.

Diese Auffassung führt auch nicht, wie man meinen könnte, zu Unbilligkeit in der Praxis. Auch die Fälle, in denen eine noch nicht urteilsfähige Person eingewilligt hat, lassen sich befriedigend lösen. Die Geheimnisse eines Kindes werden meist auch die der Eltern sein, da diese in Bezug auf sie wegen ihrer nahen Beziehungen zu dem Kind ebenfalls ein objektives Geheimhaltungsinteresse haben. Soweit sie dann nicht wollen, daß das Geheimnis allgemein bekannt wird, liegt trotz EW des Kindes in eine Bekanntmachung des Geheimnisses nach wie vor eine Verletzung des Geheimnisses der Eltern vor. Einen Schaden, der dem Kind durch die Geheimnisverletzung entsteht, werden sie meist im Wege der Schadensliquidation im Drittinteresse geltend machen können.[8)]

---

8) Daneben liegt auch eine Verletzung des Personensorgerechts der Eltern vor, aus der ebenfalls Schadensersatzansprüche abgeleitet werden können.

§ 24 Die Einwilligung in Verletzungen des Rechts am eigenen Bild und am gesprochenen Wort

Das Recht am eigenen Bild wird positivrechtlich durch § 22 KUG geschützt. Von der heute herrschenden Meinung wird aber ein noch über den Bereich des § 22 KUG hinausgehender Schutz dieses Rechts als Ausfluß des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bejaht. Danach ist nicht nur die Verbreitung und Veröffentlichung des Bildes ohne EW des Betroffenen unerlaubt, sondern bereits die unbefugte Anfertigung einer Abbildung verboten, soweit ihr berechtigte Interessen des Betroffenen entgegenstehen.[1)]

Zur Klärung der Frage, welche Bedeutung hier der EW des Verletzten zukommt, ist es erforderlich, das Recht am eigenen Bild zunächst seiner Substanz nach näher zu bestimmen, insbesondere festzustellen, welcher Bereich der Persönlichkeit bei ihm geschützt wird. Die herrschende Ansicht ordnet das Recht am eigenen Bild dem Recht auf Schutz der Privatsphäre[2)] zu oder siehrt in ihm, was weitgehend auf das gleiche herauskommt, die Freiheit[3)] des einzelnen, über al-

---

1) Enneccerus-Nipperdey 585; Hubmann JZ 59, 521 (525); Reinhardt JZ 59, 41 (44); Siegert BB 58, 419 ff.; a.A. früher Hubmann 230; Lehmann AT 406.

2) Hubmann 228; Süss, Festschrift für H. Lehmann, 189 (195); Soergel-Siebert § 12 A 37 ff.

3) Reinhardt JZ 59, 41 (43); offenbar auch BGH JZ 59, 60 (61); Siegert BB 58, 419 (422) sieht im Recht

Fortsetzung siehe S. 199

les zu entscheiden, was als Ausdruck seiner Persönlichkeit gelten soll, als geschützt an. Andere wollen in der Verletzung des Rechts am eigenen Bild eine Persönlichkeitsrechtverletzung eigener Art sehen, die sich nicht in die üblichen Kategorien der Persönlichkeitsrechtverletzungen einordnen läßt.[4]

Das Recht am eigenen Bild kann jedenfalls nicht nur als Ausfluß des Rechts auf Schutz der Privatsphäre gedeutet werden. Wenn eine Filmschauspielerin in einer großen Illustrierten abgebildet ist, die von Millionen gelesen wird, so liegt tatbestandsmäßig eine Persönlichkeitsverletzung selbst dann vor, wenn sie mit der Zurschaustellung einverstanden war, ja sie sogar wünschte. Würde man das Recht am eigenen Bild als Schutz der Privatsphäre deuten, so müßte man aber eine Persönlichkeitsrechtverletzung verneinen, was schwerlich richtig sein kann.

Sieht man durch das Recht am eigenen Bild nur die Privatsphäre als geschützt an, so hätte diese Auffassung rechtspolitisch höchst bedenkliche Konsequenzen, nachdem die Privatsphäre nur Schutz vor der Öffentlichkeit genießt,[5] somit der Persönlichkeitsschutz aber

---

3) Fortsetzung von S. 198:
am eigenen Bild, wie auch in dem am gesprochenen Wort ein komplexes Recht, durch das Privatsphäre, Geheimsphäre und Individualsphäre geschützt werde.

4) Enneccerus-Nipperdey 586.

5) So Hubmann 228; ihm folgend Siegert 421, der aber noch weitgehend der Privatsphäre nicht nur gegenüber der Öffentlichkeit, sondern auch gegenüber einem anderen Lebenskreis Schutz gewähren will.

insoweit nur höchst lückenhaft ausgebildet wäre. Nimmt jemand ein ihm fremdes Mädchen auf, um es einem anderen gegenüber als seine Freundin auszugeben,[6] so wäre dies nach der anderen Ansicht erlaubt, da das Bild ja nicht der Öffentlichkeit, sondern nur einzelnen Personen zugänglich gemacht wird.

Die andere Ansicht ist auch nicht konsequent, wenn sie, obwohl sie nur die Privatsphäre als geschützt betrachten will, dennoch bereits einen Schutz über den Rahmen des § 22 KUG hinaus bejaht,[7] und bei dem dem Recht am eigenen Bild entsprechenden Recht am gesprochenen Wort eine Persönlichkeitsrechtverletzung auch dann bejaht, wenn einer der Gesprächsteilnehmer ohne Wissen der anderen eine Tonbandaufnahme von der Unterhaltung macht, die nur dem eigenen Gebrauch dienen soll.[8]

---

6) Hubmann JZ 59, 521 (525) bringt ein ähnliches Beispiel, wenn er dort ausführt, jemand könne, wenn er im Besitz des Bildes eines Mädchens sei, dies als seine Geliebte ausgeben. In diesem Fall dürfte aber bereits über den Schutz der Ehre des Mädchens eine befriedigende Lösung zu erzielen sein.

7) Bezeichnenderweise wollte Hubmann 230, der das Recht am eigenen Bild als Ausfluß der geschützten Privatsphäre ansieht, in einer Photographie noch keine Verletzung des Rechts am eigenen Bild erblikken, da die unmittelbare Kenntnisnahme des Bildes durch einzelne ja nicht verboten sei.

8) Siehe den Fall BGH JZ 59, 60 ff., in dem der BGH eine Verletzung des Rechts am eigenen Wort annimmt, obwohl einer der Gesprächsteilnehmer die Aufnahme nur zum privaten Gebrauch gemacht hatte. Soergel-Siebert § 12 A 38, der das Recht am eigenen Bild ebenfalls als Ausfluß des Schutzes der Privatsphäre

Fortsetzung siehe S. 201

Auch der Meinung, es handle sich bei der Verletzung des Rechts am eigenen Bild in Wahrheit um eine Verletzung des Freiheitsrechts, d.h. der allgemeinen Handlungsfreiheit, kann nicht zugestimmt werden. Mit der gleichen Berechtigung, mit der man von der Verletzung des Freiheitsrechts hinsichtlich der Verfügung über sein eigenes Bild spricht, könnte man auch bei einer Körperverletzung davon sprechen, daß hier das Recht des Betroffenen verletzt worden sei, über seinen eigenen Körper zu verfügen. Es ist ein interessanter, immer wieder zu beobachtender Prozeß, daß die Rechtswissenschaft, ehe sie die einzelnen Ausflüsse des Persönlichkeitsrechts näher erfaßt und substantiiert, erst auf die Verletzung des Freiheitsrechts als Grundnorm zurückgreift,[9] ehe sie das Objekt, hinsichtlich

---

8) Fortsetzung von S. 200:
ansieht, dennoch aber im BGH-Fall seine Verletzung bejaht, begründet dies damit, daß es hier zwar am Moment des Eindringens in eine fremde Angelegenheit fehle, doch liege die Persönlichkeitsrechtsbeeinträchtigung bereits im Streben nach Macht über den Gesprächspartner und in der Heimlichkeit. Meiner Ansicht nach können Heimlichkeit und Streben nach Macht nur dann eine Persönlichkeitsrechtverletzung begründen, wenn sie in Bezug auf ein bestimmtes Rechtsgut der Persönlichkeit erfolgen. Da im vorliegenden Fall eine Verletzung der Privatsphäre nicht in Betracht kam, mußte also noch ein anderes Persönlichkeitsrecht in Frage stehen, das war eben das Recht am gesprochenen Wort. Heimlichkeit und Streben nach Macht könnten für sich allein nur über den § 826 BGB bedeutsam werden. Nach Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts besteht aber für den Umweg über § 826 BGB, den sich die Rechtsprechung früher in Fällen schwerer Persönlichkeitsrechtverletzungen einzuschlagen gezwungen sah, keinerlei Notwendigkeit mehr.

9) Siehe S. 202

dessen eine Handlungsfreiheit bejaht wird, als selbständiges Rechtsgut anerkennt. Daher wird, das läßt sich jetzt schon unschwer sagen, das Recht am eigenen Bild auch von der herrschenden Meinung zusehends mehr als Rechtsgut eigener Art anerkannt werden.

Die Verletzung des Rechts am eigenen Bild muß darin gesehen werden, daß der Täter durch die Aufnahme des Bildes bzw. in noch stärkerem Maße durch dessen Verbreitung eine nicht zu unterschätzende Verfügungsmacht über einen Ausfluß der Persönlichkeit des Betroffenen erlangt.[10] [11] So kann er darüber bestimmen, ob und unter welchen Begleitumständen sich die abgebildete Person in ihrem Bild einer neuen Umwelt vorstellt; er kann sie etwa zu Reklamezwecken gebrauchen oder sie auf andere Weise seinen Zielen dienstbar machen.

Wir sahen also, daß es sich bei dem Recht am eigenen Bild um ein Persönlichkeitsrecht besonderer Art handelt.

---

9) So nimmt der BGHZ 26, 349 (355) in dem berühmten Herrenreiterfall bezeichnenderweise noch keine Verletzung der Ehre an, um die es sich hier in Wahrheit handelte, sondern eine Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit.

10) So auch Hubmann JZ 59 (521 (525) und Reinhardt JZ 59, 41 (43).

11) Unter Zugrundelegung dieser Wesensklärung des Rechts am eigenen Bild können von vornherein bestimmte "Verletzungen" des Rechts am eigenen Bild aus dem Tatbestand ausgeschieden werden. So wird, wenn ich einen anderen bitte, mit meiner Kamera Bilder von mir zu machen, sicher keine Verletzung meines Rechts am eigenen Bild vorliegen, da hier keine Herrschaftsmacht des anderen über mein Bild begründet wird.

Zu untersuchen ist nun, welchen Einfluß die EW auf die Verletzung dieses Rechts hat. Wir müssen dabei feststellen, daß eine Verletzung des Rechts am eigenen Bild, wie wir auch oben schon sehen konnten, selbst dann vorliegt, wenn der Abgebildete eingewilligt hat, mit anderen Worten, die EW vermag bei Verletzungen des Rechts am eigenen Bild nicht bereits die Tatbestandsmäßigkeit der Verletzungshandlung auszuschließen.

Zu einer anderen Ansicht könnte man höchstens noch dann kommen, wenn man mit EW vorgenommene Verletzungen der uns hier interessierenden Art als sozialadäquat[12] ansieht und deshalb den Tatbestand einer Persönlichkeitsrechtverletzung als nicht gegeben erachtet. Man wird dies aber ablehnen müssen. Es geht nicht an, die oben herausgearbeitete Abgrenzung des Rechts am eigenen Bild mit Hilfe der Sozialadäquanz wieder einzuengen. Für die Lehre von der tatbestandsausschließenden Sozialadäquanz scheint mir zudem, jedenfalls im Zivilrecht, kein Platz zu sein. Es handelt sich bei ihr um einen gefährlichen Fremdkörper in unserem Recht, der mit seiner generalklauselartigen Weite nur zu leicht zu einer Aufweichung der einzelnen Deliktstatbestände,

---

12) Begründet wurde diese Lehre in dem für das Strafrecht bahnbrechenden Aufsatz Welzels "Studien zum System des Strafrechts" in ZStW 58, 491 ff. (514 ff.). Welzel hat diese Lehre von der tatbestandsausschließenden Sozialadäquanz aber später wieder aufgegeben (Welzel LB, 7. Auflage 47 ff.) und will die Sozialadäquanz nunmehr nur noch als Rechtfertigungsgrund anerkennen (LB 76).

ja zu einem Einbruch in die ganze, unserem Zivilrecht zugrundeliegende Systematik führen kann und der starken Gefahr eines Mißbrauchs ausgesetzt ist. Der der Lehre von der tatbestandsausschließenden Sozialadäquanz zugrundeliegende Gedanke, den Täter erst gar nicht mit der Tatbestandsverwirklichung eines Deliks zu belasten, hat im Zivilrecht ohnehin keine Berechtigung, da in ihm kein Vorwurfsurteil über eine Tat des Täters ausgesprochen wird. Bezeichnenderweise hat die Lehre von der tatbestandsausschließenden Sozialadäquanz selbst im Strafrecht, aus dem sie stammt, zusehends an Anhängerschaft verloren.[13] [14] [15]

---

13) Siehe in neuerer Zeit Hirsch ZStW 74, 78 (133); für Beibehaltung der Lehre von der tatbestandsausschließenden Sozialadäquanz aber Schaffstein ZStW 70, 369 ff. (378 ff.).

14) Meiner Ansicht nach kommt der Sozialadäquanz, wenn überhaupt, dann nur bei der Auslegung bestimmter Rechtsbegriffe eine gewisse Bedeutung zu, im übrigen handelt es sich aber bei ihr um ein für den Juristen unbrauchbares Instrument, da bei der Vielschichtigkeit unseres Volkes nur wenige Vorgänge wirklich sozialadäquat sind, zumal sich unsere Gemeinschaftsordnung im Lauf des letzten Jahrhunderts und in noch stärkerem Maße in der Gegenwart in einem ständigen Umbruch befand und befindet. Sozialadäquat ist, vielleicht etwas überspitzt formuliert, nach der hier abgelehnten Ansicht letzten Endes das, was der Richter für richtig hält, sonst könnte diese Auffassung fast nie praktisch bedeutsam werden. Wie soll etwa in unserem Fall die Frage gelöst werden, von welchem Alter des Einwilligenden ab die "Verletzung" des Rechts am eigenen Bild noch sozialadäquat ist und wann nicht mehr; das ist doch nur dadurch möglich, daß man wieder auf die Grundsätze der rechtfertigenden EW abstellt, zu was soll man dann aber den Umweg über die Sozialadäquanz gehen?

15) Auch aus einer inneren Begrenzung des Rechts am eigenen Bild kann hier kein Tatbestandsausschluß ge-

Fortsetzung siehe S. 205

Da das Recht am eigenen Bild im Interesse des Abgebildeten geschützt wird, kommt aber der EW des Verletzten auf jeden Fall rechtfertigende Wirkung zu. Es stellt sich dann wiederum die Frage, welche Anforderungen hinsichtlich Alter bzw. Einsichtsfähigkeit an den Einwilligenden gestellt werden müssen, damit dieser rechtserheblich einwilligen kann. Dabei dürfte von vornherein feststehen, daß die natürliche Willensfähigkeit des Verletzten sicher noch nicht ausreicht, da diese Ansicht in unvereinbarem Gegensatz zu dem in unserem Zivilrecht so ausgeprägten Minderjährigenschutz stehen würde. Ein kleines Kind, das sehr wohl schon einen eigenen Willen hat, dem aber jede Vorstellung hinsichtlich der Bedeutung seines Persönlichkeitsrechtes fehlt, kann unmöglich bereits rechtfertigend einwilligen. Es bleibt daher praktisch nur die Wahl dazwischen, ob man bereits die konkrete Einsichtsfähigkeit des Einwilligenden für ausreichend hält, evtl. noch die Zustimmung des Personensorgeberechtigten verlangt, oder aber, ob man sich hiermit nicht begnügen will, sondern stets die Geschäftsfähigkeit des Einwilligenden als Voraussetzung für die Rechtswirksamkeit der EW fordert.

---

15) Fortsetzung von S. 204:
folgert werden (zur Begrenzung eines Rechts aus sich siehe Hubman 143). Eine solche ist zwar sehr wohl möglich. Sie hat sogar ihren gesetzlichen Niederschlag gefunden (z.B. § 23 I KUG). Diese Beschränkungen ergeben sich aus der Sozialgebundenheit unseres Rechts. Dieser Gesichtspunkt vermag aber sicher nicht dazu zu führen, bei EW des Verletzten bereits den Tatbestand einer Verletzung des Rechts am eigenen Bild zu verneinen.

Man wird im allgemeinen die konkrete Einsichtsfähigkeit als genügend ansehen können. Zu bedenken ist nämlich, daß, nachdem es sich bei dem Recht am eigenen Bild um ein höchstpersönliches Rechtsgut handelt,[16] viel dafür spricht, dem Inhaber dieses Rechts dann auch die Entscheidung bezüglich dieses Rechts persönlich zu überlassen, soweit der die erforderliche Einsichtsfähigkeit besitzt und nicht an seiner Stelle seinen gesetzlichen Vertreter entscheiden zu lassen. Hierfür spricht auch, daß es sich bei der Verletzung des Rechts am eigenen Bild meist um keinen besonders schwerwiegenden Fall einer Persönlichkeitsrechtverletzung handelt, so daß, anders als z.B. bei der Körperverletzung, auch das Personensorgerecht der Eltern kaum in Mitleidenschaft gezogen wird, soweit man ihren einsichtsfähigen Kindern bereits das Recht einräumt, bereits selber über ihr Recht am eigenen Bild zu entscheiden. Dem Personensorgerecht der Eltern kann keineswegs die Bedeutung zugemessen werden, daß diese hinsichtlich aller ihre Kinder betreffenden persönlichen Angelegenheiten entscheidungsbefugt sind. Eine solche Auffassung wäre unvereinbar mit der den Eltern obliegenden Erziehungspflicht, die beinhaltet, daß die Eltern mit zunehmendem Alter ihrer Kinder diesen weitgehendere Freiheit, selber zu entscheiden, einzuräumen haben, damit diese hinreichend auf ihr späteres Leben vorbereitet werden. Es wäre ein sicherlich dem Personensorgerecht der Eltern nicht gerecht werdender Schluß,

---

16) Siehe S.89 ff

wenn man annehmen würde, den Eltern stände bis zur Erreichung des 21. Lebensjahres durch ihre Kinder die Entscheidungsbefugnis bezüglich aller ihre Kinder betreffenden Angelegenheiten zu; vom Moment der Vollendung des 21. Lebensjahres an seien aber die Kinder, praktisch übergangslos, allein entscheidungsbefugt. Gegen die Ansicht, man müsse auch bei Verletzungen des Rechts am eigenen Bild Geschäftsfähigkeit des Einwilligenden verlangen, sprechen auch rein praktische Überlegungen. Bei der weiten Ausdehnung, die heute dem Recht am eigenen Bild von der herrschenden Meinung zugesprochen wird, würde es in krassem Widerspruch zur Lebenswirklichkeit stehen, wenn man stets die Zustimmung der Personensorgeberechtigten für maßgebend ansehen würde. Das würde bedeuten, daß ein Zwanzigjähriger von sich noch keine Aufnahme ohne Zustimmung seiner Eltern machen lassen könnte, was unmöglich richtig sein kann. Sicher, man könnte hier vielleicht mit der Annahme einer stillschweigenden EW der Eltern operieren, auch an die Anwendung der Grundsätze der mutmaßlichen EW könnte in bestimmten Fällen gedacht werden, ehe man aber auf solche gekünstelten Konstruktionen zurückgreift, erscheint es doch naheliegender, gleich auf die konkrete Einsichtsfähigkeit abzustellen.[17)]

---

17) Bei schwereren Verletzungen des Rechts am eigenen Bild wird allerdings doch wieder die Zustimmung des Personensorgeberechtigten erforderlich sein, so, wenn eine Minderjährige Aktphotos von sich machen läßt.

In bestimmten Fällen dürfte aber auch hier die EW des gesetzlichen Vertreters notwendig sein. Das würde ich dann bejahen, wenn die Gestattung einer Bildaufnahme verfügungsähnlichen Charakter hat, d.h. das Bild des Betroffenen zum Gegenstand des Rechtsverkehrs wird. Zwar ist das Recht am eigenen Bild kein Immaterialgüterrecht; in Fällen dieser Art hat es aber mit einem solchen weitgehende Ähnlichkeit, so daß man von einem Quasiimmaterialgüterrecht sprechen könnte. Es wäre wenig überzeugend, wenn der Minderjährige, der sich rechtsgeschäftlich nicht dahin verpflichten kann, einen anderen Aufnahmen von sich machen zu lassen, in der Lage sein würde, rechtfertigend in Aufnahmen solcher Art einzuwilligen. Daher ist etwa bei einem Mannequin, das von sich geschäftsmäßig Aufnahmen machen läßt, die Rechtswidrigkeit der Verletzung des Rechts am eigenen Bild trotz EW nicht ausgeschlossen, wenn es noch minderjährig und auch die Eltern den Aufnahmen nicht zugestimmt haben.[18)]

---

18) Erforderlich ist dann sowohl die Zustimmung des Personensorgeberechtigten wie die des Vermögenssorgeberechtigten und die des Minderjährigen.

Nachdem wir oben feststellten, daß meist die konkrete Einsichtsfähigkeit des Einwilligenden zur Rechtfertigung ausreicht, seien noch kurz einige Bemerkungen zu der Frage getan, wann man bei einem Minderjährigen eine solche Einsichtsfähigkeit zu bejahen hat. Der Abgebildete muß die Bedeutung der von ihm gemachten jeweiligen Abbildung zu ermessen in der Lage sein, d.h. auch das nötige Verständnis hinsichtlich der Situation haben, in der er dargestellt wird; er muß sich über die Bedeutung der vom Täter angestrebten Verwendung des Bildes im klaren sein. Handelt es sich nur um eine einzelne Aufnahme, die etwa für das Photoalbum des Freundes gemacht wird, so sind an die Einsichtsfähigkeit des Verletzten nicht die Anforderungen zu stellen, die erforderlich sind, wenn eine Veröffentlichung des Bildes in einer Zeitschrift oder ähnlichem geplant. Die stärkere Intensität des Eingriffs in die Persönlichkeitssphäre im letzteren Fall bedingt erhöhte Ansprüche in Bezug auf die Reife des Betroffenen.[19)]

In nahem Zusammenhang mit der Frage nach der zu fordernden Reife des Einwilligenden steht die andere, ob hinsichtlich der Verletzung des Rechts am eigenen Bild eine Stellvertretung bei der EW möglich ist. Dabei dürfte von vornherein klar sein, daß eine gesetzliche Stellvertretung auf jeden Fall zulässig ist, was ja auch schon im allgemeinen Teil der Arbeit dar-

---

19) In der EW zur Aufnahme eines Bildes liegt noch nicht die EW zu dessen Veröffentlichung.

gelegt wurde.[20] Wäre man anderer Ansicht, wäre nur in Ausnahmefällen die Photographie eines Minderjährigen, noch nicht genügend Einsichtsfähigen, erlaubt. Hält man sich die im allgemeinen Teil herausgearbeiteten Kriterien hinsichtlich der Zulässigkeit einer gewilllürten Stellvertretung vor Augen, so wird man aber auch eine solche für möglich halten. Es handelt sich bei dem Recht am eigenen Bild um kein Persönlichkeitsrecht von so höchstpersönlicher Art, wie es das Persönlichkeitsrecht am eigenen Körper darstellt. Die weniger starke Intensität des Eingriffs in die Persönlichkeitssphäre des Betroffenen läßt eine Stellvertretung hier eher als tragbar erscheinen. Daß das Recht am eigenen Bild nicht von so höchstpersönlicher Natur ist, erhellt sich schon daraus, daß es, wie wir oben sehen konnten, auch umlauffähig ist. Gerade zur Vereinfachung des Rechtsverkehrs wurde aber die Rechtsfigur der Stellvertretung vom Gesetzgeber geschaffen. Wenn es die Filmschauspielerin ihrem Manager überläßt, Photos von ihr zur Veröffentlichung in einer Illustrierten freizugeben, so dürfte wohl kaum ein Zweifel daran bestehen, daß dies zulässig sein muß. Hinsichtlich des Rechts am eigenen Bild ist somit sowohl eine gesetzliche als auch eine gewillkürte Stellvertretung bei der EW möglich.

Ähnliches wir für das Recht am eigenen Bild gilt auch für das heute von der herrschenden Meinung anerkannte

---

20) Siehe S.93 ff

Recht am gesprochenen Wort.[21] Bei ihm wird weniger die Stimme des Betroffenen geschützt,[22] da diese im Gegensatz zum menschlichen Erscheinungsbild nur in sehr beschränktem Umfang zur Kennzeichnung einer Persönlichkeit geeignet ist, der Schutz betrifft vielmehr in erster Linie das Gesprochene, d.h. Form und Inhalt der menschlichen Gedankenäußerung als Ausfluß der betreffenden Persönlichkeit.[23] Auch hier handelt es sich um ein Persönlichkeitsrecht eigener Art, mit dessen Verletzung eine Verletzung der Privat- oder der Geheimsphäre konkurrieren kann. Der einwilligende Verletzte muß auch hinsichtlich Verletzungen des Rechts am eigenen Wort die erforderliche Einsichtsfähigkeit haben, damit seiner EW Rechtswirksamkeit zu-

---

21) Siehe hierzu Enneccerus-Nipperdey 587; Hubmann JZ 59, 521; Neumann-Duesberg BB 57, 865 ff.; Reinhardt JZ 59, 41 ff. (44); Rokosch BB 56, 470; Siegert BB 58, 419; Werhahn Ufita 24, 196.

22) Das erkennt richtig Werhahn 208, der jedoch zu Unrecht hieraus eine Rechtsähnlichkeit mit dem Recht am eigenen Bild leugnen zu müssen glaubt, da er nicht in hinreichendem Maße berücksichtigt, daß das gesprochene, auch unabhängig von der Stimme ein Ausfluß der Persönlichkeit ist. Richtig wird dies dagegen von Neumann-Duesberg erkannt, wenn er (BB 57, 865) ausführt, daß das Recht am eigenen Wort vom Recht an der eigenen Stimme zu scheiden ist.

23) Die herrschende Meinung nimmt auch hier eine Verletzung der Privatsphäre an. Siehe die oben aufgeführten mit Ausnahme von Nipperdey (teilweise auch Rokosch), der auch hier zu Recht eine Persönlichkeitsrechtverletzung eigener Art annimmt.

kommt. Soweit die EW dagegen verfügungsähnlichen Charakter hat, gilt gleiches wie bei Verletzung des Rechts am eigenen Bild. Sowohl gesetzliche als auch gewillkürte Stellvertretung sind hinsichtlich der EW möglich.

§ 25 Die Einwilligung bei Verletzung des Namens-, des Firmen- und des Warenzeichenrechts

Der Name ist das Medium, durch das die Persönlichkeit in der Öffentlichkeit auftritt und im Verkehrsleben wirksam wird, durch das ihr Eigenwert kursiert und in aller Mund sein kann.[1] Er wird durch § 12 BGB geschützt. Das dort gewährte Namensrecht wird von der herrschenden Meinung[2] als Persönlichkeitsrecht angesehen, während eine Mindermeinung[3] in ihm ein Immaterialgüterrecht erblickt. Da das Namensrecht den durch den Namen repräsentierten Eigenwert einer Person,[4] d.h. deren Individualsphäre[5] schützt, wird man mit

---

1) So Hubmann 218; ihm folgend Soergel-Siebert § 12 A 2.

2) Enneccerus-Nipperdey 565; Enneccerus-Lehmann § 58 I,1;Ermann-Böhler-Stammschröder § 12,1;Hubmann 218;Neumann-Duesberg NJW 50,14;Palandt-Danckelmann § 12,1b;Soergel-Siebert § 12 A2;BGH 32, 103.

3) Lobe, Der unlautere Wettbewerb, 157 und 168; Schulz-Schaeffer 179.

4) Hubmann 219.

5) Soergel-Siebert § 12 A 2

der herrschenden Meinung dem Namensrecht weitgehend den Charakter eines Persönlichkeitsrechts zuerkennen müssen.

Bei der extensiven Auslegung, die dem § 12 BGB heute zuteil wird, ist das Namensrecht aber auch in Teilbereiche als Immaterialgüterrecht zu klassifizieren.[6] So dann, wenn der Namensträger davor geschützt wird, daß andere sein Recht dadurch verletzen, daß sie nun einer Ware oder einem Unternehmen seinen Namen beilegen.

Das Namensrecht wird in § 12 BGB gegen 2 Arten von Verletzungen geschützt, vor der Namensbestreitung und der Namensanmaßung. Bei den von der Rechtsprechung[7] teilweise darüber hinaus dem § 12 BGB unterstellten Verletzungstatbeständen handelt es sich dagegen in Wahrheit um Persönlichkeitsrechtverletzungen anderer Art,[8] für deren Subsumtion unter § 12 BGB nach Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch die herrschende Meinung auch rechtspolitisch kein Bedürfnis mehr besteht.

Bei der Prüfung der Frage, ob eine rechtfertigende EW in Namensverletzungen möglich ist - eine tatbestandsausschließende EW kommt ja ohnehin nicht in Frage -

---

6) So richtig Staudinger-Coing § 12,II 4b.
7) RG JW 39, 153; RG DR 39, 438.
8) Hubmann 219; Palandt-Danckelmann 4a.

müß wiederum auf die im allgemeinen Teil herausgearbeiteten Kriterien zurückgegriffen werden. Wie wir dort feststellen konnten, kann aus der Übertragbarkeit eines Rechts auf die Möglichkeit einer rechtfertigenden EW bei Verletzungen dieses Rechts geschlossen werden.

Das Namensrecht ist auf Grund seiner persönlichkeitsrechtlichen Struktur, aber auch weitgehend auf Grund öffentlich-rechtlicher Vorschriften,[9] normalerweise nicht übertragbar. Soweit es jedoch immaterialgüterrechtlichen Charakter hat, muß man seine Veräußerlichkeit bejahen.

Bedient sich der Namensträger seines Namens zur Kennzeichnung eines Unternehmens, einer War' etc., vom Firmen- und Warenzeichenrecht jetzt einmal abgesehen, so sind die Beziehungen zwischen Namensträger und Name zugrunsten einer engeren Beziehung zwischen Name und Unternehmung bzw. Ware gelockert, der Name hat sich in gewissem Grade verselbständigt; eine Übertragung des Namensrechts ist unter bestimmten, im einzelnen noch zu klärenden, Voraussetzungen möglich.

Soweit der Namensträger ein ihm gehörendes Unternehmen mit seinem Namen bezeichnet (außerhalb des Firmenrechts), ergibt sich aus einer Analogie zu § 22 HGB, daß hier in Verbindung mit der Übertragung des Unter-

---

9) Siehe PSTG und NamÄndG.

nehmens auch das Namensrecht mitveräußert werden kann.[10] Hierfür sprechen schon praktische Erwägungen; durch den Mitübergang des Namens wird nach außen hin klargestellt, daß es sich nach wie vor um ein und das gleiche Unternehmen handelt. Öffentliche Interessen werden durch die Zulässigkeit der Namensübertragung in Fällen solcher Art ebenfalls nicht berührt. Eine gesetzliche Regelung des Namensrechts hinsichtlich von Unternehmungen außerhalb des Firmenrechts fehlt. Anders als im Firmenrecht kann daher aus der Bezeichnung eines Unternehmens mit einem bestimmten Personennamen noch nicht einmal ein Schluß auf bestimmte persönliche Beziehungen des Namensträgers zu dem in Frage stehenden Unternehmen geschlossen werden; dieses kann den Namen nicht nur deshalb tragen, weil der Namensträger Inhaber des Unternehems war bzw. ist, sondern auch deshalb, weil dieser sich etwa in sonstiger Weise um das Unternehmen besonders verdient gemacht hat etc. Nachdem aus der Bezeichnung eines solchen Unternehmens noch keine konkrete Aussage über Beziehungen des Namensträgers zu dem fraglichen Unternehmen gezogen werden können, kann die Öffentlichkeit über solche Beziehungen durch die Namensübertragung auch nicht getäuscht werden. Daher bestehen rechtspolitisch keine Bedenken gegen die Übertragbarkeit des Namensrechts. Aus der Möglichkeit einer Übertragung des

---

10) So hat das RG Gruch '45, 74 die Übertragung des Namensrechts in Verbindung mit der Übertragung eines Pensionats für zulässig gehalten.

Namensrechts zusammen mit dem Unternehmen ergibt sich aber wiederum, daß es dann aber auch möglich sein muß, daß der Veräußerer eines Unternehmens in die Fortführung des Unternehmens unter dem alten Namen einwilligen kann, ohne an den Erwerber das Namensrecht zu übertragen.

Soweit der Name vom Namensträger zur Bezeichnung einer Ware benutzt wird, erfüllt er eine warenzeichenähnliche Funktion. Aus einer analogen Anwendung des § 8 WZG ergibt sich daher, daß eine Übertragung des Namensrechts wenigstens unter den dort aufgeführten Voraussetzungen, d.h. in Verbindung mit der Übertragung des Geschäftsbetriebs oder des Teils des Geschäftsbetriebs, zu dem das Warenzeichen gehört, möglich ist. Insoweit kommt daher auch sicher eine rechtfertigende EW in Frage.

Über die oben geschilderten Fälle hinaus kommt die dingliche Übertragung des Namensrechts zwar nicht in Frage, die herrschende Meinung läßt aber einen obligatorischen Verzicht[11)] des Namensträgers auf Geltendmachung seines Namensrechts gegenüber einem Verletzer zu. Ist dies zutreffend, so könnte durch argumentum a maiore ad minus geschlossen

---

nneccerus-Nipperdey 565;Ermann-Böhler-Stammschröder § 12, 4;Hubmann 222;Palandt-Danckelmann § 12,1b;RGRK-Denecke § 12 10;Soergel-Siebert § 12 A 145;auch hier wird aber anerkannt, aß Gestattungsverträge,die auf Täuschung des Geschäftsverehrs berechnet sind,unwirksam sind (siehe RG JW 1936,185 Nr. r.10 und Staudinger-Coing § 12 II,4b,bb).

werden, daß, wenn sogar ein obligatorischer, d.h. bindender Verzicht auf die Geltendmachung des Namensrechts zulässig ist, dies dann erst recht für die jederzeit widerrufliche EW gelten müßte.[12)]

Ehe wir zu unserer eigenen Stellungnahme kommen, empfiehlt sich eine nähere Betrachtung der für die Entscheidung der uns interessierenden Frage maßgeblichen Interessen.

Gegen die rechtfertigende Wirkung der EW könnte sprechen, daß das Namensrecht teilweise öffentlich-rechtlich geregelt ist, insoweit dann aber das öffentliche Interesse eine rechtfertigende Wirkung der EW bei Namensverletzungen verbietet. Abgesehen davon, daß dieser Gesichtspunkt ohnehin nur einen beschränkten Anwendungsbereich hätte - so unterfällt etwa das Pseudonym[13)] oder der Name des nicht rechtsfähigen Vereins[14)] dem Schutz des § 12 BGB, hier fehlt es aber ohnehin an einer gesetzlichen Regelung - besitzt er auch im übrigen keine Beweiskraft. Soweit man eine Rechtfertigung der Namensverletzung durch EW zuläßt,

---

12) Ausdrücklich wird auf die Frage, ob bei Verletzung des Namensrechts die EW des Verletzten zu rechtfertigen vermag, nur bei Soergel-Siebert § 12 A 43 eingegangen und auch hier nur mit einem Satz.

13) Enneccerus-Nipperdey 575.

14) Enneccerus-Nipperdey 574.

schließt dies ja keineswegs die Durchsetzung öffentlich-rechtlicher Ansprüche auf richtige Namensführung aus (siehe § 360 I Z. 8 StGB, §§ 11, 21, 25 PStGB), privatrechtlich besteht ein Anspruch auf Führung des richtigen Namens ohnehin nur in besonderen Fällen,[15] wie etwa bei der Namensführungspflicht der Kinder gegenüber ihren Eltern oder der Ehefrau gegenüber ihrem Ehemann. Ein gewisses, bei der Entscheidung der uns interessierenden Frage zu beachtendes Interesse der Allgemeinheit läßt sich zwar nicht leugnen, es allein reicht aber noch nicht aus, um die Unwirksamkeit der EW bei Namensverletzungen generell zu begründen.[16]

Entscheidend für die Wirksamkeit der EW muß daher die Verletzung des Namensrechts im Einzelfall sein, oder anders ausgedrückt, es kommt darauf an, ob die Tat trotz der EW gegen die guten Sitten verstößt; nur insoweit ist die EW unwirksam. Bei der Prüfung dieser Frage lassen sich nach der Art der Namensverletzung gewisse Fallgruppen unterscheiden, auf die im folgenden kurz eingegangen werden soll.

Soweit der Name einer Person von einer anderen dazu benutzt wird, eine Ware, ein Unternehmen oder einen sonstigen Gegenstand zu bezeichnen, wird über die bereits oben behandelten Fälle hinaus auch sonst die mit EW des Namensträgers begangene Namensverletzung

---

15) Enneccerus-Nipperdey 572.
16) So auch RG JW 1924, 164.

nicht sittenwidrig sein.[17] Hier fehlt es bereits an einer gesetzlichen Regelung der Bezeichnung solcher Gegenstände, andererseits kann aber durchaus ein Interesse des Namensträgers auf Gebrauch seines Namens in diesem Zusammenhang bestehen, so etwa aus Gründen der Popularität. Die EW wird daher meist rechtfertigen. Eine Ausnahme muß aber in den Fällen gelten, in denen der betreffende Name dem Namensträger bereits zur Kennzeichnung eines anderen Unternehmens, einer anderen Ware etc. diente, da hier durch die EW des Namensträgers, wie auch durch den Verzicht des Namensträgers auf Geltendmachung seines Namensrechts gegenüber einem anderen, der einem ähnlichen Gegenstand den gleichen Namen beigelegt hat, die Gefahr von Verwechslungen entsteht, wodurch öffentliche Interessen in nicht unerheblichem Maße verletzt werden.[18] Man wird dabei folgendermaßen unterscheiden müssen:

Soweit es sich um den Namen eines bekannteren Unternehmens von einiger Verkehrsgeltung handelt, das von dem Namensträger betrieben wird, dürfte die EW des Namensträgers in Führung seines Namens durch einen anderen für ein ähnliches Unternehmen, der Namensverletzung die Sittenwidrigkeit nicht nehmen können. Die Sittenwidrigkeit ergibt sich dabei aus zweierlei Grün-

---

17) So auch RG 74, 308; RG JW 1927, 117.

18) Zu diesem Problemkreis siehe Soergel-Siebert § 12 A 148 und § 242 A 198; Staudinger-Coing § 12 II, 4c; Schwammberger NJW 58, 1469; RG 53, 95; 100, 25; RG JW 1936, 185 Nr. 10; BGH 5, 189 (196); BGH GRUR 57, 285.

den; zum ersten dadurch, daß die Bezeichnung ähnlicher Unternehmen mit dem gleichen Namen zu Täuschungen im Rechtsverkehr führen kann, man wird oft nicht erkennen, mit welchem Unternehmen man es jeweils zu tun hat, obwohl dies unter Umständen höchst bedeutsam sein kann, vor allem liegt aber auch ein schwerer moralischer Verstoß darin, daß sich jemand die Leistung bzw. Wertschätzung eines anderen Unternehmens dadurch zunutze macht, daß er sein Unternehmen jetzt unter dem selben Namen führt und hierdurch von den Lorbeeren anderer profitiert.[19]

Was den entsprechenden Fall einer gleichen Warenbezeichnung anbetrifft, bieten sich theoretisch zwei Lösungsmöglichkeiten an; soweit es sich um die Bezeichnung einer im Verkehr bekannten Ware handelt, wäre daran zu denken, die Sittenwidrigkeit der Namensverletzung trotz EW bereits dann zu bejahen, wenn der gleiche Name der in einem anderen Betrieb hergestellten ähnlichen Ware nur zu einer Verwechslung über die Herkunft der Ware[20] führen kann oder aber, man könnte darüber hinaus verlangen, daß durch die Benutzung des anderen Namens auch noch der Anschein eines besonders günstigen Angebots[21] erweckt wird, wie es

---

19) Im ähnlich gelagerten Fall des Firmenrechts hält der BGH (GRUR 57, 285) den Verzicht auf die Geltendmachung des Firmenrechts gegenüber einem anderen als ein unzulässiges Handeln mit Firmen für rechtswidrig.

20) Hierfür RG 100, 22 (25).

21) Für viele Soergel-Siebert § 12 A 148; BGH 5, 189 (196), siehe auch die in Anm. 17 Genannten.

von der herrschenden Meinung im Hinblick auf § 3 UWG gefordert wird. Für die erste Ansicht könnte die in § 8 WZG getroffene Regelung sprechen - auch hier erfüllt der Name ja wiederum warenzeichenähnliche Funktion -, nach der ein Warenzeichen nur in Verbindung mit dem Betrieb oder dem Teil des Geschäftsbetriebs, zu dem das Warenzeichen gehört, veräußert werden kann. Zwar sind EW in eine Verletzung des Warenzeichenrechts und die Übertragung des Warenzeichenrechts in ihren rechtlichen und tatsächlichen Auswirkungen durchaus verschieden, so daß eine Gesetzesumgehung durch Zulassung einer Rechtfertigung durch die EW kaum in Frage kommt, andererseits kann aber nicht geleugnet werden, daß es zumindest nahe liegt, aus der Regelung des § 8 I WZG herauszulesen, daß die dort normierte Übertragbarkeit des Warenzeichens nur in Verbindung mit dem Betrieb bezweckt, Irrtümer über den Hersteller einer Ware zu vermeiden. Aus einer Zusammenschau der §§ 3 UWG und 9 WZG scheint sich mir jedoch zu ergeben, daß auch § 8 WZG auf den gleichen Nenner wie § 3 UWG zurückzuführen ist, d.h., daß es dem Gesetzgeber auch hier primär darum ging, den Eindruck eines besonders günstigen Angebots durch den sich das Warenzeichen bzw. den Namen eines anderen zunutzemachenden zu vermeiden. Um diesem Erfordernis Rechnung zu tragen, mußte der Gesetzgeber, wollte er das einheitliche Warenzeichenrecht nicht dahin spalten, daß, soweit es sich um ein besonders günstiges Warenangebot handelt, das Warenzeichen mit Betrieb, sonst aber auch ohne diesen veräußerlich sei, stets die Übertragbarkeit des Warenzeichenrechts in Verbin-

dung mit dem Betrieb oder dem Teil des Geschäftsbetriebs, zu dem das Warenzeichen gehört, normieren. Die öffentlichen Interessen werden somit erst dann in entscheidendem Maße berührt, wenn die Voraussetzungen des § 3 UWG vorliegen.[22] Dem Streit darüber, ob bereits durch die mögliche Täuschung des Publikums über die Herkunft einer Ware öffentliche Interessen verletzt werden, oder aber, ob zusätzlich die Voraussetzungen des § 3 UWG gegeben sein müssen, wie hier bejaht, kommt im übrigen bei weitem nicht die praktische Bedeutung zu, die man ihm auf den ersten Blick zuzusprechen geneigt ist, da der Begriff des besonders günstigen Angebots heute von der herrschenden Meinung sehr extensiv ausgelegt wird.[23] Es läßt sich somit sagen, daß auf Grund der in § 3 UWG getroffenen Spezialregelung die Sittenwidrigkeit einer Namensverletzung geschilderter Art trotz EW nur unter den dort normierten Voraussetzungen zu bejahen ist. Dabei ist eine neuerdings teilweise anzutreffende Interpretation des § 3 UWG dahin,[24] daß öffentliche Interessen,

---

22) Freilich kann nicht verschwiegen werden, daß die unterschiedliche Behandlung, die Unternehmen und Ware insoweit zuteil werden, nicht unbedingt befriedigen kann, sie ist jedoch eine Folge des § 3 UWG.

23) Baumbach-Hefermehl § 3 UWG, III, 2: "Es liegt schon vor, wenn das Publikum auf Grund der unrichtigen Ankündigung glaubt, beim Anpreisenden vorteilhafter zu kaufen als nach den sonst üblichen und allgemeinen Angeboten ... Worin das Günstige liegt, bleibt gleich", ähnlich Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz 256; Reimer § 3 UWG IV; BGHST 4,44.

24) Schwammberger NJW 58, 1469 (1470).

deren Schutz § 3 UWG ja unzweifelhaft mitbezweckt, erst dann in entscheidendem Maße verletzt zu sein, wenn es sich bei der unter dem Namen eines anderen angebotenen Ware um kein so günstiges Angebot wie das der Ware des Namensträgers handelt, nicht zutreffend, da sie übersieht, daß es bei der Vielzahl von Möglichkeiten, die ein besonders günstiges Angebot begründen können, an einem exakten Wertmaßstab fehlt, nachdem die Vorzüge einzelner Waren im Sinn einer Wertung, günstiger oder weniger günstig, miteinander verglichen werden können. Diese Interpretation wird somit der dem Recht notwendig immanenten Rechtssicherheit nicht in genügendem Maße gerecht.

Eine weitere Fallgruppe einer Namensverletzung, und zwar die, an die bei Schaffung des § 12 BGB wohl primär gedacht wurde, liegt dann vor, wenn sich eine Person den Namen einer anderen zulegt. Auch hier wird man differenzieren müssen:

Soweit sich jemand den Namen einer anderen Person zulegt, wird die Namensverletzung, wenn sie mit EW des Namensträgers begangen wurde, jedenfalls dann nicht sittenwidrig sein, wenn mit ihr der Anschein eines Verwandtschaftsverhältnisses zu dem Namensträger hervorgerufen werden soll, zudem, wie es in den von der Rechtsprechung[25] in diesem Zusammenhang behandelten

---

25) Siehe RG JW 21, 824; JW 24, 164, wo es sich bei dem Namensverletzer um den Stiefsohn des Namensträgers handelte.

behandelten Fällen zutraf, tatsächlich enge persönliche Bindungen, wenn auch nicht verwandtschaftlicher Art, zwischen dem Namensträger und dem Namensverletzer vorlagen. Daß hierdurch öffentliche Interessen noch nicht in einem derartigen Maße gefährdet werden, daß dies zur Unwirksamkeit der EW führen muß, wurde bereits oben dargelegt. Auch ein schwerer Moralverstoß liegt aber noch nicht vor, da, soweit ich mich als Verwandter einer Person ausgebe, ich mir noch keineswegs deren vollen Eigenwert zueigne, höchstens auf Grund des Verwandtschaftsverhältnisses ein schwacher Abglanz der Wertschätzung, der sich der wahre Namensträger erfreut, auf mich fallen kann.

Soweit sich dagegen jemand, wenn auch mit EW, den Namen eines anderen beilegt, um hierdurch eine Identitätstäuschung mit diesem herbeizuführen, wird dies in aller Regel sittenwidrig sein. Hierdurch werden in erheblichem Ausmaße öffentliche Interessen gefährdet; außerdem ist es auch höchst unmoralisch, wenn ich mir den Eigenwert eines anderen auf solche Art und Weise zunutze mache.

Was die Verletzung des Firmenrechts anbetrifft, bei dem es sich richtiger Ansicht nach um ein Immaterialgüterrecht[26] mit stark persönlichkeitsrechtlichem Ein-

---

26) Erman-Böhler-Stammschröder § 12, 1; Staudinger & 12 II, 3e; siehe auch Hubmann 223, der Doppelnatur annimmt und damit der hier vertretenen Ansicht nahesteht; a.A. aber RG 158, 231 und BGH 32, 103 (108).

schlag handelt, kann bei der Behandlung der Frage, inwieweit hier eine rechtfertigende EW möglich ist, weitgehend auf die obigen, im Zusammenhang mit dem Namensrecht gemachten Ausführungen verwiesen werden. Danach vermag die EW die Rechtswidrigkeit nur dann auszuschließen, wenn der geschützte Firmeninhaber sein Geschäft an einen anderen übertragen hat und hierbei, ohne die Firma an den Geschäftserwerber zu übertragen, doch darein einwilligte, daß dieser das Geschäft unter der alten Firma fortführt.[27] Andernfalls könnte, nachdem die Firma eines Kaufmanns der Name ist, unter dem er im Handel seine Geschäfte betreibt und seine Unterschrift abgibt (§ 17 I HGB), im Rechtsverkehr leicht eine Täuschung über die Identität des Vertragspartners hervorgerufen werden etc.

Die Verletzung des Warenzeichenrechts[28] ist schließlich trotz EW des warenzeicheninhabers dann sittenwidrig und damit rechtswidrig, wenn die Voraussetzungen des § 3 UWG gegeben sind.

Was die Anforderungen anbetrifft, die hinsichtlich Alter bzw. Reife an den in eine Verletzung des Namens, des Firmen- oder Warenzeichenrechts Einwilligenden zu stellen sind, wird man nach dem Charakter des in Frage stehenden Rechts unterscheiden müssen. Soweit das Recht vornehmlich persönlichkeitsrechtliche Züge trägt,

---

27) BGH GRUR '57, 285.
28) Siehe die in Anm. 18 Genannten.

wie es meist beim Namensrecht der Fall sein wird, wird man unter Zugrundelegung der im allgemeinen Teil herausgearbeiteten Kriterien die konkrete Einsichtsfähigkeit des Verletzten in die Bedeutung der Verletzung und die Zustimmung des Personensorgeberechtigten für erforderlich halten. Anders ist die Frage dann zu beantworten, wenn, wie beim Firmen- und Warenzeichenrecht und teilweise auch beim Namensrecht, das immaterialgüterrechtliche Element vorherrscht. Hier bedarf es außerdem noch der EW des Vermögenssorgeberechtigten.

§ 26 Die Einwilligung in Verletzungen des Urheber-, des Patent-, des Gebrauchsmuster- und Geschmacksmusterrechts

Bei diesen Rechten handelt es sich um Immaterialgüterrechte[1] mit mehr oder weniger starkem persönlichkeitsrechtlichem Einschlag. Bei der Prüfung der Frage, welche Wirkungen der EW des Verletzten in die Verletzung dieser Rechte zukommt, bzw. welche Anforderungen an die Person des Einwilligenden zu stellen sind, liegt es nahe, danach zu differenzieren, in welchem Bereich des in Frage stehenden Rechtes der Schwerpunkt der Verletzung liegt, ob in der immaterialgüterrechtlichen oder der persönlichkeitsrechtlichen Komponente.

---

1) Siehe Hubmann 174, 182, 192, 194 für viele.

Als persönlichkeitsrechtliche Bestandteile der hier zu behandelnden Rechte werden von der herrschenden Meinung[2] vornehmlich die Veröffentlichungsbefugnis des Rechtsinhabers, das Recht auf Verbot von Änderungen und Entstellungen und das Recht auf Anerkennung der Urheber- bzw. Erfinderehre angesehen.

Was das Veröffentlichungsrecht anbetrifft, handelt es sich um keinen rein persönlichkeitsrechtlichen Bestandteil,[3] da dies untrennbar mit den jeweiligen Nutzungsrechten verbunden ist; indem der Rechtsinhaber die Veröffentlichung gestattet, verfügt er auch über sein Recht, ebenso wie eine Verfügung über ein Benutzungsrecht meist auch zwangsläufig eine Verfügung über das Veröffentlichungsrecht mit einschließt. Das bedeutet, daß eine rechtfertigende EW in eine Verletzung des Veröffentlichungsrechts zwar möglich ist, daß aber auf Grund der hier untrennbaren Gemengelage zwischen Immaterialgüterrecht und Persönlichkeitsrecht bei Minderjährigkeit der Rechtsinhaber außer der EW des einsichtsfähigen Minderjährigen auch die des Personensorge- und Vermögenssorgeberechtigten erforderlich ist.[4]

---

2) Hubmann 175; Hubmann, gewerblicher Rechtsschutz 105; Ulmer 260.

3) So auch BGH 15, 249 (258) im Anschluß an Ulmer 261.

4) Auch hinsichtlich der vertraglichen Rechtfertigung solcher Persönlichkeitsrechtverletzungen wird man die Zustimmung des Minderjährigen dann fordern müssen, soweit er die erforderliche Einsichtsfähigkeit hat. Das ergibt sich aus der besonderen Personengebundenheit dieser Rechte bzw. ihrer Teilkomponenten. Die §§ 104 ff. BGB vermögen hier nicht zu befriedigen.

Fortsetzung siehe S. 228

Hinsichtlich des Rechts, Änderungen des jeweiligen Werkes i.w.S. zu verbieten, wird man eine EW bedenkenlos zulassen können. Ebenso wie es dem Rechtsinhaber möglich ist, sein Werk seinerseits abzuändern, muß es ihm auch möglich sein, Abänderungen durch einen anderen zu gestatten. Da es sich hier um ein rein persönlichkeitsrechtliches Element handelt, genügt es, wenn der Verletzte die erforderliche Einsichtsfähigkeit hinsichtlich der Bedeutung der Verletzung hat.

Auch das Recht auf Anerkennung der Urheber- bzw. Erfinderehre ist von rein persönlichkeitsrechtlicher Struktur. Hier bestehen jedoch gegen die Zulassung einer rechtfertigenden EW erhebliche Bedenken, da die

---

4) Fortsetzung von S. 227:
Das Ergebnis wird noch erhärtet, wenn man bedenkt, daß bei Patentanmeldung, die die Veröffentlichung von Patentrechten in sich schließt (§§ 26 ff. PatG), die heute herrschende Meinung, wenn auch aus anders gelagerten Gründen, die §§ 104 ff. BGB nicht mehr für durchwegs maßgeblich hält (siehe Pfanner GRUR 58, 556 (560 f.); Reimer, Kommentar zum PatG 696; noch weitergehend Isay, PatG, 5. Aufl. § 3 A 5; Momber GRUR 1928, 23, nach denen sogar ein Geschäftsunfähiger ein Patent anmelden kann). Die besondere Natur dieser Persönlichkeitsrechte wird heute auch schon insoweit Rechnung getragen, als man anders als sonst bei Rechtsgeschäften dem Inhaber des Urheberrechts ein Rückrufsrecht wegen gewandelter Überzeugung zuspricht (so jetzt schon die herrschende Lehre; in § 42 des Entwurfs zum Urhebergesetz, BT-Drucksachen IV, 270, 4. Wahlperiode, soll dies nun auch Gesetz werden.
Schließlich vermag die hier vertretene Ansicht auch in besonderem Maße den verfassungsrechtlichen Bestimmungen der Art. 2 I und 5 III GG gerecht zu werden.

Verletzung trotz EW des Verletzten meist gegen die guten Sitten verstoßen wird. Darin, daß sich jemand als Urheber der Leistung eines anderen ausgibt, liegt ein schwerer Moralverstoß. Bezeichnenderweise ist auch bei einem der hier behandelten Rechte, nämlich dem Patentrecht, ein Verzicht des Erfinders auf Nennung seines Namens im Zusammenhang mit der Erfindung unwirksam, was zeigt, welch hohe Bedeutung das Gesetz dem Erfinderpersönlichkeitsrecht beimißt. Es liegt daher der Schluß nahe, daß, nachdem der Verzicht des Erfinders auf Nennung seines Namens rechtlich irrelevant ist, dann die, wenn auch widerrufliche EW darein, daß sich ein anderer als Erfinder oder Urheber ausgibt, wirkungslos ist. Eine Ausnahme läßt sich, wenn überhaupt, dann nur hinsichtlich des Gebrauchs- bzw. Geschmacksmustergesetzes machen, bei denen die persönlichkeitsrechtlichen Komponenten stark in den Hintergrund getreten sind[5] und bei denen der Moralverstoß des Verletzers nicht so schwer wäre, da es sich nicht um eine so bedeutende Leistung handelt.[6]

Werden durch die Verletzung dagegen nur die immaterialgüterrechtlichen Komponenten betroffen, bedarf es bei Minderjährigkeit des Einwilligenden stets der EW des Vermögenssorgeberechtigten, die Zustimmung des Minderjährigen ist nicht erforderlich.

---

5) Siehe Hubmann 105.

6) Ähnliches wie für die hier behandelten Rechte gilt auch hinsichtlich des Rechts des Künstlers an der künstlerischen Wiedergabe (siehe hierzu Hubmann 187).

Lebenslauf

Am 25.10.1941 wurde ich, Wolf Schenke, als Sohn des damaligen Rechtsreferendars, heutigen Landgerichtsrats Dr. Horst Schenke und seiner Ehefrau Erika, geb. von Löbbecke, in Breslau geboren. Von 1947 bis 1951 besuchte ich die Volksschule in Hiltpoltstein/Ofr. Anschließend trat ich in die Oberrealschule Fürth ein, 1953 wechselte ich nach Erlangen, wo ich im Sommer 1960 an der Ohm-Oberrealschule das Abitur ablegte. Darauf studierte ich vier Semester Rechtswissenschaften in Tübingen und anschließend drei Semester in Erlangen. Dort bestand ich am 26.6.1964 die erste juristische Staatsprüfung.
Am 15.8.1964 wurde ich als Referendar beim Amtsgericht in Erlangen eingestellt. Am 9.10.1964 heiratete ich die Kandidatin der Zahnmedizin Marlene, geb. Hole.
Ich studiere Volkswirtschaft im vierten Fachsemester und bin wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl für öffentliches Recht der wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Erlangen-Nürnberg bei Herrn Professor Dr.Ludwig Fröhler.

Herzlich danke ich Herrn Professor Dr.Heinrich Hubmann für die Anregung zu dieser Arbeit und ihre Betreuung.

Offset - Fotodruck
- W. Hogl, Erlangen, Brüxer Straße 9, (Nähe Röthelheimbad) Telefon 15336 -